



論説 数人の死亡の先後関係が不明な場合における証明責任について：ローマ法および法制史の観点から

著者	宮坂 渉
雑誌名	筑波法政
号	58
ページ	45-89
発行年	2014-03
URL	http://hdl.handle.net/2241/121175

数人の死亡の先後関係が不明な場合における 証明責任について

——ローマ法および法制史の観点から

宮坂 渉

1. はじめに——本稿の問題関心
 - 1.1. 数人の死亡の先後関係が不明な場合の法的問題
 - 1.2. 民法32条の2の新設
 - 1.3. 諸外国の関連立法
 - 1.4. 本稿の論点
2. 学説彙纂に収録されている諸法文の検討
 - 2.1. 用語法上の問題
 - 2.2. 相続
 - 2.3. 贈与
 - 2.4. 嫁資
 - 2.5. その他
 - 2.6. 検討の結果
3. 近代民法典編纂過程における学説彙纂の諸法文の理解
 - 3.1. ポティエ **RMP**
 - 3.2. サヴィニー **FCG**
 - 3.3. ボアソナード **GE**
 - 3.4. 小括
 - 3.5. 法典調査会における議論
4. 結びにかえて

1. はじめに——本稿の問題関心

1.1. 数人の死亡の先後関係が不明な場合の法的問題¹

航空機・鉄道・船舶等の事故、台風・地震・火災等の災害によって数人が死亡した場合、そのうちの誰が先に死亡し、誰がその後に死亡したのか不明である、という事態が生じうる。そこで法的に問題となるのは、例えば相続人間の遺産分割や保険金の受領・支払²、不動産登記、株式名義の書換え³である。

相続の事例で考えよう。夫 A と子 B が飛行機事故で死亡し、妻 Y が残された。A の両親 X_1 と X_2 は健在である。この場合、現行民法の法定相続の規定によれば、A と B のどちらが先に死亡したかで相続分に大きな違いがある。A が先に死亡したとすると、A の財産は Y と B に 2 分の 1 ずつ相続され、次に B の死亡によりその財産をすべて Y が相続する。結局 A の財産はすべて Y に帰属する。これに対して、B が先に死亡したとすると、B の財産は A と Y とに 2 分の 1 ずつ相続され、次に A の死亡によりその財産の 3 分の 2 が Y、3 分の 1 が X_1 と X_2 に帰属する。問題は、A と B の死亡の先後関係が不明な場合である。

1 この問題を論じる際に、諸外国の文献では *commorientes*（英語）、*Kommorienten*（ドイツ語）、*comourants*（フランス語）、*commorienza*（イタリア語）という言葉が見出し語として用いられる。これらはいずれもラテン語の *commorientes* を語源とし、「共同の危難によって死亡した者たち」あるいは「共同の危難による死亡」を意味している。これに対して日本では、この問題の呼称は定まっていない。木村健助「同時死の推定」関西大学法学論集 2 巻 2 号（1952 年）21-42 頁は、その 22 頁で、同一事故による共同死亡者を「同死者」と呼んでいる。これに対して、加藤一郎「同時死亡の推定」法学協会雑誌 75 巻 4 号（1958 年）1-32 頁は、その脚註 1 で、「同死」とか「同死者」という専門用語は分かりにくいことを理由として、「共同死亡」と呼んでいる。もっとも、数人が同時刻に死亡したことを意味する「同時死」あるいは「同時死亡」と区別する必要がある、と指摘している点で両者は一致している。筆者は、いずれの日本語も分かりにくいと考えるので、この問題を「数人の死亡の先後関係が不明な場合」と表現することにした。外国語を日本語に翻訳することがいかに難しく、誤解を招きやすいかにつき、津野義堂『法知の科学 オントロジー法学』津野文庫（2008 年）iv-v 頁、147-177 頁を参照。

2 最近の事例として、平成 19 年 5 月 18 日札幌高裁判決（金融・商事判例 1271 号（2007 年）57-62 頁）。その評釈として、山下典孝「共済契約者兼被共済者と死亡共済受取人および兩名の子が同時死亡した場合において、この 3 者間での相続の問題が生じないことから死亡共済受取人の死亡に関してその者の母のみが給付金を受け取れるとされた事例」金融・商事判例 1271 号（2007 年）63-67 頁、桜沢隆哉「保険判例研究（第 15 回）同時死亡の推定と保険金請求権の帰属 [札幌高裁平成 19.5.18 判決]」法律のひろば 62 巻 3 号（2009 年）66-73 頁。

3 加藤（本稿註 1）15-16 頁、および家崎宏「同時死亡の推定」中京法学 1 巻 2 号（1967 年）1-11 頁、2-3 頁を参照。

明治31年に民法典が施行された段階では、この問題について何らの規定も設けられていなかった。そこで、例えばYがAの死後すぐに財産を占有してしまうと、これを不服とする X_1 と X_2 は、Bが先に死亡したと主張して争うほかはない。その場合、 X_1 と X_2 がそのことを証明する責任を負うことになる。しかし、この証明は極めて困難であるため、 X_1 と X_2 が敗訴することになる。結果として、先に遺産を占有した者の早い者勝ちになるが、学説の多数はこの問題を指摘するにとどまっていた⁴。

1.2. 民法32条の2の新設

戦後、洞爺丸・南海丸の沈没事件⁵や伊勢湾台風⁶等による多数の死者の間で上述の諸問題が生じ、これに対する立法的解決が要請された。学説においても、数人の死亡の先後関係が不明な場合における諸外国の関連立法の比較法的研究を踏まえて、日本でも「同時死亡の推定」をすべきである、との解釈論が展開された⁷。そして、昭和37年法律40号（民法の一部を改正する法律）で、32条ノ2「死亡シタル数人中其一人ガ他ノ者ノ死亡後尚ホ生存シタルコト分明ナラザルトキハ此等ノ者ハ同時ニ死亡シタルモノト推定ス」という規定が新設されるに至った⁸。これにより、先の事例では、AとBは互いに相手方を相続しない。すなわち、Bの財産はYに帰属し、Aの財産はその3分の2がYに、3分の1が X_1 と X_2 に帰属する⁹。その結果、

4 鳩山秀夫『日本民法総論（上巻）』岩波書店（1923年）46-47頁、我妻榮『民法総則』岩波書店（1930年）61-62頁、穂積重遠『改訂民法総論』有斐閣（1930年）111-112頁、吾妻光俊『民法総則』巖松堂書店（1944年）50頁、同『民法総則』弘文堂（1959年）36-38頁、松坂佐一『民法提要総則』有斐閣（1954年）59-60頁、舟橋諄一『民法総則』弘文堂（1954年）37-38頁、於保不二雄『民法総則講義』新青出版（復刻版・1996年、原本・有信堂1951年）45頁。

5 加藤（本稿註1）8-12頁を参照。

6 西塚静子「災害と相続」ジュリスト192号（1959年）6-10頁を参照。

7 加藤（本稿註1）25頁を参照。木村（本稿註1）によれば、最も早くから民法の規定の不備を指摘し、同時死亡推定規定の必要を強く主張したのは、末弘巖太郎『民法講話（上巻）』岩波書店（1926年）78-80頁である。

8 加藤一郎「民法の一部改正の解説（一）」ジュリスト248号（1962年）10-19頁、13-14頁、および座談会（中川淳・谷口知平・西村信雄・小石寿夫・山木戸克己・沢井種雄）「民法一部改正をめぐって」民商法雑誌46巻1号（1962年）19-75頁、28-34頁を参照。

9 これに対して、大江忠『図解要件事実 民法総則・物権』第一法規（2007年）24-26頁によれば、要件事実論にいわゆる「非のみ説」に立つと、 X_1 と X_2 はそもそも相続開始時（A死亡時）におけるBの存否に（それどころかYの存否にさえ）触れる必要がないので、YはA死亡時にAの配偶者であったとの抗弁の立証に成功して初めてAの財産の3分の2を相続することになり、これは結論だけ見ればAB同時死亡と考えた場合と同じであるが、

Yは、Aの死後すぐに財産を占有したとしても、その3分の1についてはAが先に死亡したことを証明する責任を負うことになり、早い者勝ちにはならないことになる¹⁰。

1.3. 諸外国の関連立法

32条の2の新設にあたっては諸外国の関連立法が大いに参考とされている¹¹。日本におけるその比較法的研究として優れているのは、木村健助「同時死の推定」である¹²。彼は、主としてフランス語の文献¹³によりながら、「同死者即ち同一の災厄で死亡した数人の者の死亡の日時を認定するの困難をいかに解決するかについて、立法上三つの主義が行われている」、と述べる¹⁴。以下では、本稿の問題関心の前提となる、木村論文の分析を概観する。

1.3.1. 死亡先後推定主義

第一の主義は、「同死者の性別・年齢により体力の差があるものとして死亡の先後を推定する」規定を設ける、というものである。

木村論文によれば、「この立法主義によった最初の規定はローマ法のそれである」。そして「ローマ法の推定制度はフランスで継受されて古法時代に行われたが、これを更に詳細にしたのが仏民法典である」¹⁵。

そのフランス民法典（Code civil）は、第3編「所有権を取得するさまざまな仕方」

同時死亡の推定規定の適用の結果ではないのであって、むしろ32条の2の法的性質は、例えば994条1項の局面に見られるように、暫定真実である、ということになる。暫定真実については、例えば藤田広美『講義民事訴訟』東京大学出版会（2007年）110-112頁に見られる通説的見解に対して、柴谷晃「暫定真実とは何か。」駒澤法曹5号（2009年）1-15頁による異論があるが、本稿では立ち入らない。

10 いかなる事例においても同時死亡の推定によって早い者勝ちという結果が回避できるかという、そうではない。本稿註2に挙げた平成19年5月18日札幌高裁判決においては、民法32条の2の適用により、夫婦である被保険者と保険金受取人（および彼らの子）が同時に死亡したと推定される結果、保険金受取人の母（原告・被控訴人）のみが保険金受取人となる、とされた（被告・控訴人である保険者は、被保険者の相続人である姉2名、兄1名、亡兄の養子1名も保険金受取人となる、と主張していた）。

11 加藤（本稿註8）13頁、座談会（本稿註8）29-30頁を参照。

12 本稿註1。

13 主な文献として、E. R. Traité de droit civil comparé (Paris: F. Pichon, 1904-12), les successions (1908), t. I, no. 144; A. C. Net H. C. Cours élémentaire de droit civil français (Paris: Daloz, 1923-25), t. III, 4ème édit., pp. 370-374.

14 木村（本稿註1）24頁。R（本稿註13）では4つに分類されている。

15 木村（本稿註1）24頁。

第1章「相続」第1節「相続の開始及び相続人の占有権」の旧720条乃至722条¹⁶で、死亡先後推定について規定していた。木村論文に沿って要約すると、まず年齢によって人生を①15歳未満の幼少年期、②15歳以上60歳未満の青壮年期、③60歳以上の老年期、の3期に分類する。そのうえで、複数の死者が（I）どちらも幼少年期に属する場合には、男女を問わず年少者が先に死亡する、（II）どちらも青壮年期に属する場合には、（a）男と女の間では、年齢が同じか年齢差が1年以内のときは女が先に死亡し、年齢差が1年を超えるとときは男女を問わず年長者が先に死亡する、（b）男どうし、女どうしでは、年長者が先に死亡する、（III）どちらも老年期に属する場合には、男女を問わず年長者が先に死亡する、（IV）1人が幼少年期に属し、1人が老年期に属する場合には、老年期に属する者が先に死亡する¹⁷。不備な点については判例がこれを補充していた¹⁸。もっとも、2001年の相続法大改正に際して、旧720条乃至722条は725-1条に改正され、年齢・性別による推定規定は文言

16 フランス民法典旧720条「それぞれ相互に相続に招致される数人の者が同一の出来事において死亡し、どちらが先に死亡したかを確認することができない場合には、生存の推定は、事実の状況〔又は〕それがなければ年齢又は性別によって決定される。」（*Si plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première, la présomption de survie est déterminée par les circonstances du fait; et, à leur défaut, par la force de l'âge ou du sexe.*）

フランス民法典旧721条「共に死亡した者が一五歳未満であった場合には、年長者が後まで生存したものと推定する。それらの者が全て六〇歳以上であった場合には、年少者が後まで生存したものと推定する。一方の者が一五歳未満で他方の者が六〇歳以上であった場合には、前者が後まで生存したものと推定する。」（*Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de quinze ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu. S'ils étaient tous au-dessus de soixante ans, le moins âgé sera présumé avoir survécu. Si les uns avaient moins de quinze ans, et les autres plus de soixante ans, les premiers seront présumés avoir survécu.*）

フランス民法典旧722条「共に死亡した者が満一五歳〔以上〕六〇歳未満であった場合で年齢が等しいとき、又は存する差が一年を超えない場合には、男が後まで生存したものと常に推定する。それらの者が同性であった場合には、自然の順序にしたがって相続を開始させる生存の推定が認められなければならない。したがって、年少者は、年長者の後まで生存したものと推定する。」（*Si ceux qui ont péri ensemble avaient quinze ans accomplis et moins de soixante, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excède pas une année. S'ils étaient du même sexe, la présomption de survie, qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la nature doit être admise; ainsi le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé.*）

邦訳は、稲本洋之助訳・法務大臣官房司法法制調査部編『フランス民法典 - 家族・相続関係』法曹会（1978年）209-210頁。旧条文は、<http://www.legifrance.gouv.fr/>

17 木村（本稿註1）25頁。

18 木村（本稿註1）26-28頁によれば、例えば一方が幼少年期で他方が青壮年期の場合や、一方が青壮年期で他方が老年期の場合である。後者につき *Cret CM*（本稿註13）p.374は、76歳の老母と49歳の娘が一緒に殺害された事件で、旧720条の規定によって娘が後に死亡したと推定される、というリヨン控訴院の判決を伝えている。

上消滅した¹⁹。

また、イングランドおよびウェールズでは、1925年財産法184条²⁰ (Law of Property Act 1925 § 184) によって、複数人の死亡の先後関係が不明な場合には、財産の所有権者を定める目的で、年齢の順に、すなわち常に年長者が先に死亡する、との推定がなされている²¹。

1.3.2. 同時死亡推定主義

第二の主義は、「ローマ法＝仏法の系統の規定のように同死者の死亡先後を推定するのでなくて、同時同刻に死亡したものと推定するものである」²²。木村論文によれば、その規定の形式はさらに3つに分けられ、①相続開始または相続人の資格にかんする規定すなわち相続法規とする、②相互に相続すべき数人の死者にかんする規定ではあるが、人の死亡すなわち人格消滅の事項として総則の条文中に規定する、③相続関係に限らず、ひろく一般の法律関係に関連するものとして、死亡についての総則規定とする²³。

このうち、日本民法32条の2との関連で重要なのは③である。この形式で同時死亡推定を規定している典型例は、スイス法・ドイツ法・オーストリア法である²⁴。

19 フランス民法典725-1条「一方が他方を相続する資格を有する2人が同一の出来事で死亡した場合、死亡の順序はあらゆる方法で証明される。その順序が決定され得ない場合、彼らのそれぞれの相続が、他方がそれに招致されることなく、開始される。但し、共に死亡した者のうち一方が卑属を残している場合、その卑属は、代襲が認められるならば、他方の相続において一方を代襲することができる。」(Lorsque deux personnes, dont l'une avait vocation à succéder à l'autre, périssent dans un même événement, l'ordre des décès est établi par tous moyens. Si cet ordre ne peut être déterminé, la succession de chacune d'elles est dévolue sans que l'autre y soit appelée. Toutefois, si l'un des codécédés laisse des descendants, ceux-ci peuvent représenter leur auteur dans la succession de l'autre lorsque la représentation est admise.)

邦訳は筆者。条文は <http://www.legifrance.gouv.fr/>

20 1925年 財産法184条: In all cases where, after the commencement of this Act, two or more persons have died in circumstances rendering it uncertain which of them survived the other or others, such deaths shall (subject to any order of the court), for all purposes affecting the title to property, be presumed to have occurred in order of seniority, and accordingly the younger shall be deemed to have survived the elder. 条文は、<http://www.statutelaw.gov.uk/>

21 木村(本稿註1)29頁。加藤(本稿註1)23-24頁は、フランス民法典の旧規定を具体的生残主義、1925年財産法の規定を抽象的生残主義として区別している。

22 木村(本稿註1)30頁。

23 木村(本稿註1)30-31頁。

24 木村(本稿註1)33-34頁。相続関係に限らず、死亡についての総則規定であるという点に加えて、32条の2とこれらの諸国の立法に共通する特徴として挙げられるのは、規定の適用が、複数の者が同一の出来事や危難によって死亡した場合に限られない、という点である。これにつき、我妻榮「同時死亡の推定」ジュリスト195号(1960年)17頁、および家崎(本稿註1)6頁を参照。

スイス民法典（Schweizerisches Zivilgesetzbuch）32条2項は、「複数の死者のうちある人が別の人よりも長く生きていたと証明されることができない場合、彼らは同時に死亡したものと推定される」（筆者試訳）と定めている²⁵。

ドイツ民法典（BGB）旧20条は当初、「数人が共同の危難に於て死亡したときは、同時に死亡したものと推定す」と定めていた²⁶。しかし、その後ナチス政権下の1939年の失踪、死亡宣告及び死亡時期の確定にかんする法律（Gesetz über die Verschollenheit, die Todeserklärung und die Feststellung der Todeszeit）によって旧20条は廃止された。その11条は、「死亡し又は死亡の宣告を受けた数人の中、その一人が他人の死亡後なお生存していたことを証明することができないときは、これらの者は同時に死亡したものと推定する」と規定していた。これは1951年のドイツ失踪法（Verschollenheitsgesetz）11条にそのまま引き継がれている²⁷。

オーストリア法は、1811年制定の一般民法典（ABGB）25条が、「2人又は複数の死者のうちどちらが先に死亡したか疑わしい場合、一方あるいは他方が先に死亡したと主張する者は、自らの主張について証明しなければならない。その者がこれを証明することができない場合、全員が同時に死亡したと推定され、一方の他方への権利の移転は認められない」（筆者試訳）と定めていた²⁸。その後、1938年にドイ

25 スイス民法典32条2項：Kann nicht bewiesen werden, dass von mehreren gestorbenen Personen die eine die andere überlebt habe, so gelten sie als gleichzeitig gestorben. 条文は、<http://www/zivilgesetzbuch.ch/>

26 ドイツ民法典旧20条：Sind mehrere in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen, so wird vermutet, daß sie gleichzeitig gestorben seien. 邦訳および条文は、柚木馨『独逸民法〔I〕民法総則』現代外国法典叢書（1）、有斐閣（1955年）70頁。

もっとも、第1草案では死亡推定について規定することは退けられた。「然レドモスル推定ハ自然明白ナル事項ヲ表スルノ外ハ不十分ナル基本ニ據ルモノナリ因テ法律上之ニ干涉スルノ需要ハ爰ニ之ヲ承認スルヲ得ス」澤井要一訳『獨逸民法草案理由書：一八八八年第一草案・第1編』日本立法資料全集別巻148、信山社（1999年）49頁。これに対して、第2草案の起草委員会によって同時死亡の推定が採用されることとなった。それについては、hrsg. von Theodor Loewenfeld, J.v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9. neubearb. Aufl. (München: J. Schweitzer, 1925-1931) Bd. 1. (1925) § 20. II; Rn(本稿註13) no.144, 2°を参照。

27 ドイツ失踪法11条：Kann nicht bewiesen werden, daß von mehreren gestorbenen oder für tot erklärten Menschen der eine den anderen überlebt hat, so wird vermutet, daß sie gleichzeitig gestorben sind. 邦訳は、柚木（本稿註26）339頁。条文は、<http://www.gesetze-im-internet.de/verschg/>

28 オーストリア一般民法典旧25条：Im Zweifel, welche von zwei oder mehreren verstorbenen Personen zuerst mit Tod abgegangen sei, muß derjenige, welcher den früheren Todesfall des Einen oder des Andern behauptet, seine Behauptung beweisen; kann er dieses nicht, so werden Alle als zu gleicher Zeit verstorben vermutet, und es kann von Übertragung der Rechte des Einen auf den Andern

ツと併合されたことで、1939年の失踪、死亡宣告及び死亡時期の確定にかんする法律の11条が適用され、一般民法典25条は削除された。11条は、1939年法を修正して制定された1950年の死亡宣告法（Todeserklärungsgesetz 1950）にそのまま引き継がれた²⁹。

1.3.3. いわゆる「無推定主義」

第三の主義は、「死亡先後の推定も同時死の推定も許さず、特別の規定を設けないう無推定主義」である³⁰。この主義の下では、一方が他方より先に又は後に死亡したということであれ、同時に死亡したということであれ、死亡の時刻について何か特別の主張をする者はこれを証明しなければならない。その不都合についてはすでに述べた通りである³¹。

木村論文によれば、「無推定主義」を採用していたのは、32条の2を新設する前の日本「民法の外に、1864年のルーマニア民法典とか、ベルギー民法草案がそうである。1925年の「財産法」より前の英法も同様であった」³²。

ところで木村論文では、「無推定主義」という言葉は2つの意味で用いられている。1つは、「法律の規定をもって推定の原則を定めるということをしないう」という意味であり、もう1つは、「死亡先後の推定も同時死〔亡〕の推定も許さないう」という意味である³³。しかし、厳密に言えば、前者は法律上の推定規定を置くか否かの問題であって、言わば「無推定規定主義」である（この意味で言えば、死亡先後推定主義も同時死亡推定主義もローマ法では「無推定主義」に含まれるであろう）。これに対して後者は、推定をするかしないかの問題であり、こちらが「（狭義の）無推定主義」ということになるう。

1.4. 本稿の論点

以上、数人の死亡の先後関係が不明な場合の諸外国における関連立法について、

keine Rede sein. 条文は、hrsg. Heinrich Klang, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2., neubearb. Aufl. (Wien: Österreichischen Staatsdruckerei, 1933-1935) Bd. 1, Halbbd.1 (1933) § 25.

29 hrsg. von Peter Rummel, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2., neubearbeitete und erw. Aufl. (Wien: Manz, 1990-1992) Bd. 1. (1990) § 24 u 25を参照。

30 木村（本稿註1）36頁。

31 木村（本稿註1）38-39頁を参照。

32 木村（本稿註1）36頁。

33 木村（本稿註1）36頁。□内は筆者が挿入した。

木村論文の比較と分析を概観した。もっとも、筆者の問題関心は木村論文とは異なり、上述の立法主義のいずれが他よりも優れているか、とか、そのいずれを日本が採用すべきであるか、といった点にはない。むしろ、筆者の問題関心は上述の立法主義の沿革にある。すなわち、歴史的にみて、3つの主義は互いに何らの関係も持たないのか、それとも、何らかの共通の基礎・土台を有しているのか、ということである。

この問題について木村論文は、第一の立法主義である死亡先後推定主義につき、その典型例であるフランス民法旧720条乃至722条はローマ法に由来し、「ローマ法では父子または母子が同一事故で死亡した場合には、その子が未成年者であったならば、親よりも先に死亡したものと推定され、またその子が成年者であったならば、親よりも後に死亡したものと推定された」と述べる³⁴。その史料的根拠は学説彙纂34巻5章「不確かなことについて（De rebus dubiis）」であるとされているが、34巻5章所収の29法文のうちいずれがこれに該当するのか（あるいはすべてか）が明確でない³⁵。これに対して、第二の立法主義である同時死亡推定主義については、「その沿革を知らない」と述べるにとどまっている³⁶。第三の「無推定主義」については、特に言及されていない。同様の説明は、木村論文以前・以降を問わず、民法の概説書にも散見される³⁷。

このように、少なくとも日本ではこれまで、史料的根拠が必ずしも明確でないにもかかわらず、死亡先後推定主義はローマ法に由来する、という言説が受け入れられてきた。と同時に、32条の2として民法典に採用したにもかかわらず、同時死亡推定主義の沿革にはほとんど関心が向けられてこなかった。

そこで本稿は、同時死亡推定主義の沿革を探る前段階として、以下の問題を論じる。

第一に、フランス民法典に見られる死亡先後推定主義がローマ法に由来する、という言説の史料的根拠となる学説彙纂の法文は何か。どの法学者が、どのような事例についてその考え方を伝えているのか。

第二に、そのような法文が存在するとして、ローマ法には、数人の死亡の先後関係が不明な場合について、死亡の先後を推定する事例しか見られないのか。これにつき船田亨二『ローマ法』は、ローマ法において数人の死亡の先後関係が不明な場

34 木村（本稿註1）24頁。

35 木村（本稿註1）29頁註2には、「Digesta, de rebus dubiis, XXXIV, 5.」とあるのみである。

36 木村（本稿註1）34頁。

37 穂積112頁、松坂59頁、舟橋38頁、吾妻（1959年）37頁（いずれも本稿註4）を参照。

合、「証明の責任は或る人が先にまたは後に死亡したことによって権利を主張する者が負担する。それでも死亡の先後が確定されぬときは、古典時代には、各個の場合に審判人が裁量によってこれを決定すべきものとされ、決定の標準について一般原則は確定されなかった」と述べている³⁸。このような認識を踏まえて、数人の死亡の先後関係が不明な場合において、法学者たちが死亡先後推定とは異なる解決を与えていたのではないか、という見通しの下に史料を検討する。

第三に、フランス民法典、ドイツ民法典、そして日本の民法典の編纂にそれぞれ大きな影響を与えた学者であるポティエ、サヴィニー、ボアソナードの3人が、数人の死亡の先後関係が不明な場合にかんする学説彙纂の法文をどのように扱ったのか、を概観する。ボアソナードについては、法典調査会における議論も併せて検討する。それによって、日本の民法典が32条の2として「同時死亡の推定」規定を採用するまで、数人の死亡の先後関係が不明な場合にかんしてそれぞれの民法典が相異なる取り扱いをするに至った過程の一端を明らかにしたいと考える。

2. 学説彙纂に収録されている諸法文の検討³⁹

2.1. 用語法上の問題

2.1.1. SIMUL と PARITER

本稿で考察の対象とする学説彙纂に収録されている諸法文において、数人の死亡の時間的態様を表現するラテン語として、最も用いられているのは **et** という副詞⁴⁰であり、次いで **etiam** という副詞⁴¹である。**et** と **etiam** が同一の法文で用

38 船田亨二『ローマ法』岩波書店、第2巻（1969年）74-75頁。

39 先行研究として、T. H. F. Gode *de jure commorientium ex disciplina romanorum*. (Rostochii, 1830); R. L. La problematica della commorientenza nell'elaborazione giuridica romana (Milano, 1984); K. Ulp. D. 33 ad Sab. D. 24.1.32.14: ein Juwel überlieferter klassischer Entscheidungsfindung, in: The Irish Jurist 25-27 (1990-1992) S. 334-350; G. H. Réflexions sur les présomptions relatives aux comourants (commorientes) en droit romain, in: Status familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag. Hrsg. von H.-G. Knothe und J. Kohler. (München: C.H. Beck, 2001) S. 131-146. を挙げておく。

40 ウルビアーヌス D 24.1.32.14、アフリカヌス D 28.6.34 pr.、パーピニアヌス D 28.6.42、パウルス D 34.5.8、トリュフォニウス D 34.5.9 pr.、D 34.5.9.2、D 34.5.9.3、マルキアーヌス D 34.5.16.1、ウルビアーヌス D 36.1.18.7、マルキアーヌス D 36.1.35。

41 マルキアーヌス D 34.5.18、D 39.6.26。

いられている箇所が1つある⁴²。これに対して、commorientes⁴³という名詞は1箇所で見られない。

Oxford Latin Dictionary⁴⁴によれば、**in**の意味として、一方ではin (one) company, togetherが挙げられており⁴⁵、他方ではat the same time, simultaneouslyが挙げられている⁴⁶。**in**の意味としても、一方ではin concert, togetherが挙げられて

42 マルキアーヌス D 34.5.16 pr.

43 ウルピアーヌス D 24.1.32.14.

44 Oxford Latin Dictionary, edited by P.G.W. Glanville, Oxford University Press, 1968-1982. 用例の邦訳は以下を参照した。プラウトゥス「アンピトルオ」木村健治訳、同「バッキス姉妹」小川正廣訳、同「ロバ物語」宮城徳也訳、以上『ローマ喜劇集 1』、京都大学学術出版会 (2001年)、同「メナエクス兄弟」岩崎務訳、『ローマ喜劇集 2』、京都大学学術出版会 (2002年)、同「カルタゴ人」山沢孝至訳、『ローマ喜劇集 3』、京都大学学術出版会 (2002年)、同「三文銭」上村健二訳、同「プセウドルス」高橋宏幸訳、以上『ローマ喜劇集 4』、京都大学学術出版会 (2002年)、ケケロー「ピーソー弾劾」山沢孝至訳、同「クルエンティウス弁護」山沢孝至訳、以上ケケロー選集 2『法廷・政治弁論Ⅱ』、岩波書店 (2000年)、同「ピリッピカ」根本英世・城江良和訳、ケケロー選集 3『法廷・政治弁論Ⅲ』、岩波書店 (1999年)、同「ウェッレス弾劾Ⅱ 第二回公判弁論 第三演説」大西英文訳、ケケロー選集 5『法廷・政治弁論Ⅴ』、岩波書店 (2001年)、同「発想論」片山英男訳、ケケロー選集 6『修辞学Ⅰ』、岩波書店 (2000年)、カエサル『ガリア戦記』近山金次訳、岩波書店 (1964年)、リウィウス『ローマ建国以来の歴史 1』岩谷智訳、京都大学学術出版会 (2008年)、ルクレティウス『物の本質について』樋口勝彦訳、岩波文庫 (1961年)、ウェルギリウス『アエネーイス』岡道男・高橋宏幸訳、京都大学学術出版会 (2001年)、スエトニウス『ローマ皇帝伝』国原吉之助訳、岩波文庫 (1986年)。

45 以下に用例の一部を挙げる。プラウトゥス『カルタゴ人』1147節「この者たちを中へ案内してやってくれ。で、この乳母も一緒に、お前の所へ行くように言ってやりなさい」、同『アンピトルオ』754節「一緒に奥様にお目にかかるのは今が初めてだというのに」、同『バッキス姉妹』576節「金を返すか、それとも一緒にについて行くか」、同『メナエクス兄弟』1074節「今日僕と一緒に船から陸に上がったのをおぼえていないのか」、ケケロー『ピーソー弾劾』84節「彼ひとりではない、一緒にやって来ていた他の使節たちも〔斧でもって斬り殺した〕」、同『クルエンティウス弁護』175節「ふだんから一緒にいたセクストゥス・アルビウスという〔頑健な〕農夫と」、スエトニウス『ローマ皇帝伝』ウィテリウス16節「それまで一緒にいた者も足音を忍ばせて立ち去った」。

46 以下に用例の一部を挙げる。プラウトゥス『アンピトルオ』18節「いかなる理由でわしがこちらへ参ったのか、これからそれを申すとともに、わしの名前も明かすことにいたそう」、568節「同じ時間に同じ人間が二つの場所にいるなどということをして?」、1138節「一度の出産で同時に二人の息子が生まれたのだ」、同『カルタゴ人』1401節「金貨も銀貨も、その額も、女郎屋君よ、貴様は三つの借りを一ぺんにしよい込んどるんじゃぞ」、同『三文銭』880節「何の用があるんだね。誰だい、おまえさん。お国はどこだ。どこから来たんだね。」「そういっぺんに聞かれても」、ケケロー『ウェッレス弾劾』第三演説221節「一度にいくに多くのことがあなた方に求められているか、お考えいただきたい」、同『発想論』2巻81節「同時に被告と被告が非難する相手を裁くことになれば」、カエサル『ガリア戦記』5巻50節5「カエサルは騎兵に・・・陣地にもどれと命じた。同時に陣地の周囲を高い保塁で固め・・・させた」、スエトニウス『ローマ皇帝伝』カエサル82節2「カエサルは市民服で頭を覆い隠し、同時に左手で着物の襷を足の先までのぼし」、同84節2「元老院が、カエサルに人間としての名誉と神としての名誉を一度にすべて与えていた」、リウィウス『ローマ

おり⁴⁷、他方では at the same time, simultaneously が挙げられている⁴⁸。

このように **¶** や **■** には、行動を共にすること、すなわち「一緒」という意味と、時を同じくすること、すなわち「同時」という意味とがある。かりにこれらの法文で用いられる **¶** や **■** の意味内容が後者であるとすれば、それらの法文は数人の死亡が時間的「同時」であることを内容とすることになる。

しかし、以下の検討から明らかになるように、この文脈で用いられる **¶** や **■** は、数人が時間的に「同時」に死亡したのが確実であることを意味しているのではない。むしろ多くの場合には、事故や天災等のいわゆる同一の危難に、死亡した数人が「一緒に」遭遇した、という意味での状況的「同時」を意味しており、それゆえ、数人の死亡の先後関係が不明な状況である、ということの意味している。

2.1.2. SIMUL や PARITER が状況的「同時」を意味していると考えの根拠

第一に、マルキアースヌス⁴⁹D 34.5.18は「いずれの事例でも、**■**死亡し、誰が先に死亡したのか明らかでない場合には (in quibus casibus si pariter decesserint nec appareat, quis ante spiritum emisit, ...)」と述べている。この **■** を時間的「同時」と解するのは不自然である。時間的「同時」に死亡したことが確実ならば、もはや「誰が先に死亡したのか明らかでない」と言う必要はない。それゆえ、マルキアースヌス D 34.5.18の **■** は状況的「同時」を意味しているとしか考えられない。同じ著作(『法範録』3巻)から抜粋され、おそらく一連の文章であろうマルキア

建国以来の歴史』2巻45節1「敵と味方の両方の戦列を〔同時に〕警戒しなければならないような」、ルクレティウス『物の本質について』6巻411節「〔雷電を〕一時に多方面へ〔投下する〕」。

47 以下に用例の一部を挙げる。プラウトゥス『プセウドルス』859節「どこかにこいつが足を向ければ、一緒に並んで行け。手を差し出したら、一緒に手を突き出せ」、同『ロバ物語』270節「酒を飲むのも、女遊びもいつも一緒だから、手に入れた戦利品も連中と分け合うつもりなんだ」、キケロー『ピリッピカ』第12演説1節「私が過ちを犯したのは、諸君および執政官と一緒にであった」、ルクレティウス『物の本質について』3巻168節「精神は肉体と共に一緒に苦痛を受けるということ・・・は君に判るであろう」。

48 以下に用例の一部を挙げる。タキトゥス『年代記』6巻18節「その場から元老院に引きずられて行き、ただちに罪を宣告され、殺された」、ポンポニウス『サビーヌス註解22巻』(学説彙纂12巻6章19法文4項)「10の債務を負っている2人の債務者が同時に〔10ずつを、合わせて〕20を弁済した場合」、ウェルギリウス『アエネーイス』10巻347節「話をしようとする声も魂ももろともに奪い去る」。

49 マルキアースヌス Aelius Marcianus は3世紀中頃の人で、古典期最後の法学者たちの1人に数えられる。『法学提要 Institutiones』や『法範録 Regulae』等を著した。AEBR Encyclopedic dictionary of Roman Law (Philadelphia: American Philosophical Society, 1953) Marcianus の項 (p.578) を参照。

ヌス D 34.5.16 pr および D 34.5.16.1の **■**や **■**も、状況的「同時」を意味していると考えられる。

第二に、時間的「同時」に死亡したことが確実である場合、それにもかかわらず死亡の先後を推定する、ということはおよそ考えられない。しかし、後述するトリュフォニヌス⁵⁰ D 34.5.9.2における「被解放自由人が自分の息子と **■**死亡した場合（Si cum filio suo libertus simul perierit）」、および D 34.5.9.3における「夫と妻とが **■**死した場合（Si maritus et uxor simul perierint）」では、一方が他方より先に死亡したという推定を前提とした結論が導き出されている。それゆえ、ここでも **■**は状況的「同時」を意味していることになる。また、それらに先立つ同じくトリュフォニヌス D 34.5.9 pr の **■**もその可能性が高い。

第三に、ウルピアーヌス D 24.1.32.14が「**■**死亡した場合（cum **■** decesserint）」と述べる時、その念頭に置かれているのは、「難船で、あるいは建物の倒壊で、あるいは火災でどちらとも死亡した場合（si ambo decesserint ..., naufragio forte vel ruina vel incendio）」であって、「誰が先に息絶えたか（quis ante spiritum posuit）」が容易に明らかにならない場合である。それゆえ、この **■**が、時間的「同時」に死亡したことが確実である、ということの意味しているとは考えられない。この法文との関連性が非常に高いパウルス D 34.5.8およびマルキアーヌス D 39.6.26、さらに、ウルピアーヌス D 24.1.32.14と同様に、事故や天災等のいわゆる同一の危難が問題となっているウルピアーヌス D 36.1.18.7も同様である。

そこで、以下では **■**や **■**を、状況的「同時」を意味し、数人の死亡の先後関係が不明な状況であることを表す場合に用いられる、と解したうえで、「一緒に」という訳を充てることにする。

2.2. 相続

相続にかんしては、大きく分けて3つの場合に、数人の死亡の先後関係が不明な状況が問題となる。第一は遺産相続の事例、第二は信託遺贈の事例、第三は遺言における相続人の補充指定の事例である。

50 トリュフォニヌス Claudius Tryphoninus は3世紀前半の法学者で、セプティミウス・セウエールス帝の顧問会の一員であった。AaBb（本稿註49）Tryphoninus の項（p.746）を参照。

2.2.1. 遺産相続

2.2.1.1. ①トリュフォニーヌス D 34.5.9.1⁵¹

トリュフォニーヌスは、父親と息子が一緒に死亡した複数の事例を伝えている。その1つ目の D 34.5.9.1は、父親とその一人息子が戦争で一緒に死亡した事例である。おそらく父親と息子が兵士として共に従軍し、どちらも戦場で死亡したが、その先後関係が不明な場合である。また、父親の宗族⁵²が出てくることから、父親は無遺言で死亡したと思われる。ここで、相続人でない者が父親と息子の遺産を占有したので、相続人たる者は占有者に対して相続財産回収訴訟⁵³を提起して、遺産を取り戻すことになる。

問題は、誰が父親と息子の相続人となるのか、である。市民法上の無遺言相続制度によれば、母親が夫権⁵⁴に服していれば、母親は父親の死亡によっても息子の死亡によっても、父親の宗族に優先してその相続人となる。これに対して、母親が夫権に服していない場合、父親および息子の相続人となることはできず、父親の宗族が相続人となる⁵⁵。もっとも、夫権への帰入は遅くともガイウスの時代にはすでに廃れており⁵⁶、夫権に服さない婚姻が一般的となった。それゆえ、市民法上の無遺言相続制度は法務官⁵⁷によって改革された。その結果、夫権に服しない母親にも、夫婦関係にもとづく遺産占有⁵⁸あるいは血族関係にもとづく遺産占有⁵⁹が付与され、父親あるいは息子の遺産を法務官法上相続することが可能となった⁶⁰。しかし、いずれの場合も父親の宗族が優先して相続人となるという点では、母親に不利な状態は変わらなかった。そこで、ハドリアヌス帝 Hadrianus の時代に定められたテルトゥッリウス元老院議決⁶¹によって、息子の相続に

51 D 34.5.9.1 (Tryphoninus 21 disp.)

Cum bello pater cum filio perisset materque filii quasi postea mortui bona vindicaret, agnati vero patris, quasi filius ante perisset, divus Hadrianus credidit patrem prius mortuum.

学説叢纂34巻5章9法文1項（トリュフォニーヌス、討論集21巻）

父が戦争で息子と共に死亡し、母が、息子が〔父より〕後に死亡したとして遺産を請求したのに対して、父の宗族員が、息子が〔父より〕先に死亡したとして〔遺産を請求した〕場合に、神皇ハドリアヌスは、父が先に死亡した、と判断した。

52 船田亨二『ローマ法』岩波書店、第4巻（1971年）309-311頁。

53 Gai inst 1.111.

54 船田（本稿註52）第4巻313-316頁。

55 テルトゥッリウス元老院議決⁶¹は、有子の権⁶²を有する母に、その息子が無遺言で死亡した場合に遺産を相続する権利を与えた。もっとも、息子に子がいる、あるいは息子の父が生きている等の場合には、そちらが

については母親が父親の宗族に優先することが認められた⁵⁶。

したがって母が相続人となるには、父が息子より先に死亡した、と主張することになる。その場合、息子が父を相続し、息子の死亡によって母が息子を相続する。これに対して、父の宗族が相続人となるには、息子が父より先に死亡した、と主張することになる。その場合、父が息子を相続し、父の死亡によって宗族が父を相続する。

この問題についてトリュフォニヌスは、「父が先に死亡した（*patrem prius mortuum*）」とするハドリアヌス帝の判断を伝えている。その結果、この事例にもテルトゥリウス元老院議決が適用され、母が息子の相続人として、占有者に対して相続財産回収訴訟を提起することになる。

2.2.1.2. ②トリュフォニヌス D 34.5.9.2⁵⁷

2つ目の D 34.5.9.2は、被解放自由人■が無遺言で一人息子と一緒に死亡した事例である。上述の法務官法上の無遺言相続制度によれば、被解放自由人が被相続人である場合、第一順位が被相続人の卑属、第二順位が被相続人の保護者、第三順位が被相続人の血族である⁵⁸。したがって、父が息子より先に死亡した場合、息子が父を相続し、息子の死亡によってその子、母または配偶者が息子を相続する。これに対して、息子が父より先に死亡した場合、父が息子を相続し、父の死亡によってその保護者が父を相続する。それでは、父と息子の死亡の先後関係が不明である場合はどうなるのか。

トリュフォニヌスによれば、被相続人の保護者が父を相続することになる。「ただし、息子が父よりも長く生きたと証明された場合はその限りでない（*si non*

優先された。■（本稿註49）*Senatusconsultum Tertullianum* の項（p.699）を参照。

56 フリッツ・シュルツ著『ローマ法の原理』日本比較法研究所翻訳叢書（51）、眞田芳憲・森光訳、中央大学出版部（2003年）12-13頁および13頁脚註33において、「私法が法感情にもはや適合せず、理論と実践をもってしてもいかなる変更も生み出すことができないといった稀な場合に」限って元老院が立法者として関与した事例として、テルトゥリウス元老院議決が挙げられている。同書の224-225頁も参照。

57 D 34.5.9.2 (Tryphoninus 21 disp.)

Si cum filio suo libertus simul perierit, intestati patrono legitima defertur hereditas, si non probatur supervixisse patri filius: hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus.

学説彙纂34巻5章9法文2項（トリュフォニヌス、討論集21巻）

被解放自由人が自分の息子と一緒に死亡した場合、無遺言者〔である被解放自由人〕の保護者に法定の相続財産が提供される、ただし息子が父よりも長く生きたと証明された場合はその限りでない。というのも、我々は保護者たることへの尊敬を理由としてこのことを定めているからである。

58 船田（本稿註52）第4巻314-315頁。

probatur supervixisse patri filius)」。ここでは、「息子が父より先に死亡した」と推定されていることは明らかである。トリュフォニヌスはその理由も述べている。「なぜなら、我々は保護者への尊敬を示すためにこのことを定めているからである (hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus)」。

2.2.1.3. ③トリュフォニヌス D 34.5.9.4⁵⁹

3つ目のD 34.5.9.4は、父ルーキウス・ティティウスが息子と一緒に死亡し、遺言でその息子を唯一の相続人に指定していた事例である。ここでは2つの場合が考えられている。前段では、息子が成熟者⁵⁹であった場合、息子は父より長く生きて、遺言によって父の相続人となったと解される。そして、息子の死亡によって息子の子、母または配偶者が息子を相続する。後段では、息子が未成熟者⁶⁰であった場合、父が息子より長く生きたと解され、遺言は失効する⁶⁰。そして、父の死亡によって父の宗族が父の相続人となる。いずれの場合も、「反対のことが証明された場合はその限りでない (nisi contrarium approbetur)」と述べており、死亡の先後の推定がなされていることは明らかである。

2.2.1.4. 小括

以上の3つの事例は、いずれも父と息子の死亡の先後関係が不明な場合に、死亡の先後を推定している。

D 34.5.9.4における推定は、息子が成熟者である場合と未成熟者である場合とで場合分けをしている。ここには確かに、年齢に応じて死亡の先後を推定する、という思考が見て取れる。

これに対して、D 34.5.9.1における推定は、兵士として戦争に赴いている以上、息子は成熟者であろうから、一見するとD 34.5.9.4の場合分けに従っているとも考

59 D 34.5.9.4 (Tryphoninus 21 disp.)

Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intellegitur supervixisse filius patri et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus eius defertur, nisi contrarium approbetur. quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur.

学説彙纂34巻5章9法文4項（トリュフォニヌス、討論集21巻）

ルーキウス・ティティウスが、成熟者である息子と共に死亡し、息子を遺言に記載された唯一の相続人としていた場合、息子は父より長く生きて、遺言により相続人となったと解される、そして息子の遺産は彼の相続人たちに提供される、但し反対のことが証明された場合はその限りでない。これに対して、未成熟者である息子が父と共に死亡した場合、父が〔息子より〕長く生きたと考えられる、但しここでも反対のことが証明された場合はその限りでない。

60 船田（本稿註52）第4巻302頁。

えられる。しかし、ハドリアヌス帝の判断の基準は、息子が成熟者か未成熟者か、ではなく、息子の相続について母親が父親の宗族に優先することを認めたテルトゥッリウス元老院議決を適用すべきか否か、という点にある。D 34.5.9.2における推定も、「保護者への尊敬を示すために」すなわち相続順位において保護者を優先するためになされている。いずれも、息子が成熟者であるか未成熟者であるかは問題でない。それゆえ、これらの事例における判断基準は D 34.5.9.4のそれとは異なる。

2.2.2. 相続人の補充指定

ローマ法上、遺言において相続人の指定は最も重要とされた。すなわち、相続人の指定がなされない遺言は無効とされ、遺言書において相続人指定より前に書かれたあらゆる処分は無効とされた⁶¹。もっとも、相続人として指定された者が遺言者の死亡後に相続を承認しない、あるいは承認する前に死亡した場合、遺言は失効した。そのような事態を避けるために、遺言者は相続人として指定された者が相続しない場合に相続人となる者を補充指定⁶²することができた⁶²。補充指定の特別な事例として、遺言者が未成熟であるその子を相続人として指定すると同時に、子が相続しない場合または相続したが未成熟の間に死亡した場合に備えて、未成熟者のために補充相続人を指定することができた。

2.2.2.1. 最後に死亡した者？

問題は、兄弟である2人の未成熟者のために相続人が補充指定された事例である。④パーピニアヌス－ユーリアヌス D 37.11.11 pr⁶³によれば、その場合、遺言書には次のように記載された。「『私の子どもたちのうち最後に死亡することになる未成熟者のために、ティティウスが相続人となれ』（“qui ex liberis meis impubes

61 船田（本稿註52）第4巻288-289頁。

62 複数の補充相続人を、順位を付けて指定することも、同順位で相互に補充するよう指定することもできた。

63 D 37.11.11pr. (Papinianus 13 quaest.)

“qui ex liberis meis impubes supremus morietur, ei Titius heres esto”. duobus peregre defunctis si substitutus ignoret, uter novissimus decesserit, admittenda est Iuliani sententia, qui propter incertum conditionis etiam prioris posse peti possessionem bonorum respondit.

学説彙纂37卷11章11法文首項（パーピニアヌス、質疑録13巻）

「私の子どもたちのうち最後に死亡するであろう未成熟者にとって、ティティウスが相続人であれ」。子どもたち2人が外国で死亡したが、2人のうちどちらが最後に死亡したか、補充相続人には分からない場合、ユーリアヌスの見解が認められるべきである。彼は、条件が不確定であるから、先に死亡した者の遺産の占有も請求されることができると答えた。

supremus morietur, ei Titius heres esto”）」⁶⁴。⑤トリュフォニヌスD 34.5.9 pr⁶⁵によれば、2人が未成熟者のまま順番に死亡し、その先後関係が明らかである場合、兄弟のどちらか一方が、先に死亡した者の相続人となり、その後で補充相続人が、最後に死亡した者の相続人となる。それでは、兄弟が未成熟の間に、海難事故で一緒に死亡した場合はどうか。死亡の先後が不明であるから、どちらが最後に死亡したかは分からない。その場合、補充相続人は最後に死亡した未成熟者の相続人となるのか、なるとすれば誰の相続人となるのか。

2.2.2.2. クリウス事件

補充指定にかんする有名な事件として、共和政期末のクリウス事件⁶⁶がある。そこでは、遺言の文言を厳密に解釈すべきか、それとも遺言者

64 Inst Iust 2.16.6も参照。

65 D 34.5.9 pr (Tryphoninus 21 disp.)

Qui duos impuberes filios habebat, ei qui supremus moritur Titium substituit: duo impuberes simul in nave perierunt: quaesitum est, an substituto et cuius hereditas deferatur. dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus: in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem. in proposita autem quaestione ubi simul perierunt, quia, cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur? an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur? sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit: nam et qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse: et proximus adgnatus intellegitur etiam qui solus est quique neminem antecedit: et hic utrique, quia neutri eorum alter superstes fuit, ultimi primique obierunt.

学説彙纂34巻5章9法文首項（トリュフォニヌス、討論集21巻）

2人の未成熟者である息子を持った者が〔彼らのうち〕最後に死亡する者に代わってティティウスを補充指定した。2人の未成熟者は一緒に船で死亡した。問題は、補充指定された者にも誰かの遺産が譲り渡されるのか、ということである。私は次のように述べた。2人が順番に死亡した場合、息子兄弟〔の一方〕が先に死亡した者の無遺言相続人となり、補充指定された者が後で〔死亡した者の無遺言相続人となるであろう〕。もっともその遺産の中には先に死亡した息子兄弟の遺産も含まれるであろう。それでは、2人が一緒に死亡した上記の問題では〔そうなのか〕、なぜなら、兄弟のうちどちらも相手より長く生きなかった以上、どちらも最後に死亡したかのように解されるべきであるから。それとも、後で死亡したという対比は先の死亡という事実から導き出されるのであるから、どちらも最後に死亡しなかったかのように解されるべきなのか。前者の見解がむしろ受け入れられるべきであり、その結果〔補充指定された者は兄弟の〕両方の相続人となる。というのは、1人の息子を持つ者が最後に死亡する者に代わって補充指定した場合も、補充指定が無益であったとは解されないし、唯一の宗族員であって、誰かに先行しているわけではない者でさえも、最近の宗族員と解されるからである。そこでこの問題でも、彼らのうちどちらも他方より長く生きなかったのであるから、どちらも最後にかつ最初に死亡した〔と解されるべきである〕。

66 コボニウスという者が、遺言で、自分の死後に自分の子が出生するときはこれを相続人とする、その子が成熟期に達する前に死亡するときはクリウスを相続人とする、と規定した。コボニウスの死後、その子は生まれなかったので、クリウスは遺言相続を主張した。これに対して、遺言者の最近の宗族であるコボニウス（当然、遺言者とは別人）が無遺言

の意思と衡平に重きをおくべきか、という問題が焦点となり、後者の主張が認められた。

そのような視点で我々の問題を見ると、遺言の文言を厳密に解釈すべきである、と考えるならば、遺言の文言に基づく主張をする者には、厳密な文言解釈に基づく証明責任が課される。すなわち、補充相続人が最後に死亡した者を相続するためには、どちらが最後に死亡したかを証明しなければならない。証明することができれば、先後関係が明らかである場合と同じ帰結となる。証明することができなければ、兄弟のどちらも最後に死亡したとは言えないのであるから、補充相続人はどちらの相続人にもなれず、無遺言相続が開始することになる。

これに対して、遺言者の意思と衡平に重きをおくべきである、と考えるならば、必ずしも厳密な文言解釈に基づく証明は必要でない。すなわち、遺言者が未成熟者のために補充相続人を指定したのは、上述のように未成熟者が適当な相続人を選ぶことは現実的にも法的にも期待できないからであって、そこで重要なのは最後に死亡したことよりも、未成熟の間に死亡したことである。それゆえ、死亡の先後を推定することで、先後関係が明らかである場合と同じ帰結を導くことも考えられる。

2.2.2.3. 古典期法学者たちの解決

古典期法学者たちはこの問題にどのような解決を与えたのか。五賢帝時代に活躍したユーリアヌスの見解を伝えるパーピニアヌス-ユーリアヌス D 37.11.11 pr、彼と同時代の法学者である⑥アフリカーヌス D 28.6.34 pr⁶⁷、それから半世紀

相続を主張した。問題は、遺言の文言を厳密に解釈して、遺言者の死後にその子が生まれなかった以上、遺言は失効して無遺言相続が開始するとすべきか、遺言者の意思と衡平に重きをおいて、一般に成熟者たる相続人がいない場合のためにクリウスを補充指定したと解して、クリウスを相続人とすべきか、という点にあった。雄弁家リキニウス・クラッススがクリウスを、法学者クウィントゥス・スカエウォラがコポニウスを弁護したこと、およびその決着が画期的であったことで有名な事件となり、しばしばキケローの著作において言及される。船田（本稿註52）第4巻296-297頁。

67 D 28.6.34pr. (Africanus 4 quaest.)

Ex duobus impuberibus ei, qui supremus moreretur, heredem substituit. si simul morerentur, utrique heredem esse respondit, quia supremus non is demum qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit, intellegatur, sicut et e contrario proximus non solum is qui ante aliquem, sed etiam is ante quem nemo sit intellegitur.

学説彙纂28巻6章34法文首項（アフリカーヌス、質疑録4巻）

2人の未成熟者のうち、最後に死亡する者に補充相続人を指定した。2人の未成熟者が一緒に死亡した場合、〔補充相続人は2人の未成熟者の〕いずれをも相続する、と彼は答えた。なぜなら、ある者より後の者だけではなく、彼より後に誰もいない者もまた、最後の者と解されるからである。逆に、ある者より先順位の者だけでなく、それより先順位に誰もいない者もまた、最近親者と解される。

以上後のセウェルス朝時代に活躍した⑦パーピニアヌス D 28.6.42⁶⁸およびトリュフォニヌス D 34.5.9 pr はいずれも、補充相続人は兄弟 2 人の相続人となる、と述べている。

もっとも、そのような解決が与えられたのは、証明責任を負わされた補充相続人が証明に成功したからでもなければ、古典期法学者たちが死亡の先後を推定したからでもない。古典期法学者たちは、最後に死亡した者、という遺言の文言を尊重しつつ、むしろそれを柔軟に解釈して彼らの解決を理由付けた。すなわち、トリュフォニヌス D 34.5.9 pr は、「兄弟のどちらも相手方より長く生きていなかったのであるから、どちらも最後に死亡したかのように解される (*cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur*)」と述べている。というのは、アフリカーヌス D 28.6.34 pr が述べているように、ある者が死亡した時点よりも後に死亡した者だけでなく、その者が死亡した時点よりも後に誰も死亡しなかった者もまた、最後に死亡した者と解されるからである。つまり、一方で、兄は弟より長く生きていなかったのであるから、弟が死亡した時点より後に兄が死亡したはずはない。それゆえ弟は最後に死亡した者と解される。他方で、弟も兄より長く生きていなかったのであるから、兄が死亡した時点より後に弟が死亡したはずもない。それゆえ兄も最後に死亡した者と解される。したがって、兄弟のどちらも最後に死亡したかのように解される、ということになる。

2.2.2.4. ファルキディウス法

古典期の法学者たちが、先後関係が明らかである場合と同じ帰結、すなわち兄弟のどちらか一方が、先に死亡した者の相続人となり、その後で補充相続人が最後に

68 D 28.6.42 (Papinianus 1 def.)

Qui duos impuberes filios heredes reliquerat, ita substituit, si ambo mortui essent: deinde pueri post mortem patris simul perierunt: duae hereditates substituo deferuntur. sed si diversis temporibus vita decedant, in hereditate novissimi pueri eius fratris, qui ante mortuus est, hereditatem substitutus inveniet: sed in ratione Falcidia pueri prioris hereditas non veniet nec substitutus amplius quam sescunciam iure testamenti desiderabit: legata quoque, quae a substituto eius filii data sunt, qui prior intestato decessit, ad irritum reccidunt.

学説彙纂28巻 6 章42法文（パーピニアヌス、定義録 1 巻）

2 人の未成年者の息子を相続人として遺言で指定した者が、両者が死亡した場合に限って補充相続人を指定した。その後、父の死後に息子たちが一緒に死亡した。2 人の遺産は補充相続人に提供される。これに対して、異なる時に死亡した場合、最後に死亡した息子の遺産の中で、先に死亡したその兄弟の遺産を補充相続人が手に入れることになる。しかし、先に死亡した息子の遺産はファルキディウス法の計算には入らないことになる。そして補充相続人は遺言の法により 8 分の 1 以上請求することはできないことになる。先に無遺言で死亡した息子の補充相続人から与えられた遺贈も無効となる。

死亡した者の相続人となる、という解決を避けたのはなぜか。

紀元前41年のファルキディウス法⁶⁸は、遺贈額の上限を遺産の4分の3までとすることで、相続人が遺産の4分の1を留保することを規定している。パーピニアヌス D 28.6.42が述べているように、前者の解決の場合、最後に死亡した者の遺産にはファルキディウス法が適用されるが、先に死亡した者の遺産には適用されない。そうすると、補充相続人は兄弟が相続した遺産全体の8分の1を超えて留保することができないことになる。このような事態を避けるために、古典期法学者たちは、兄弟2人がどちらも最後に死亡した、と判断し、補充相続人は遺産全体の4分の1を留保することができたと思われる。

2.2.2.5. 小括

この問題について、「最後に死亡した者」という文言を厳密に解釈するならば、どちらが最後に死亡したかを証明する責任を補充相続人が負うことになる。かといって、死亡の先後を推定すれば、補充相続人は証明責任を回避することはできるが、上述のファルキディウス法上の問題が生じる。

証明責任とファルキディウス法上の問題の双方を回避しようとした古典期法学者たちは、遺言の文言を柔軟に解釈して、兄弟2人はどちらも最後に死亡した、という結論を導いた。その結果、兄弟2人は互いに相手方を相続しないことになり、補充相続人が兄弟2人を相続することが可能となった。この結論を導く前提となったのが、「兄弟のどちらも相手方より長く生きていなかった（*neutri frater superstes fuit*）」という論拠である。この論拠に基づいて、無遺言相続を主張する相続人（例えば兄弟2人の父の宗族）、あるいは兄弟2人のうち最後に死亡した者にのみファルキディウス法が適用されると主張する受遺者に、どちらが最後に死亡したかを証明する責任が課されている。

2.2.3. 信託遺贈

信託遺贈⁶⁹とは、被相続人（信託者）が受託者に、自分の死亡後に特定の第三者（受益者）に、財産の全部または一部もしくは特定の物を供与するよう委託することである。信託者は信託遺贈に様々な条件を付すことができ、その有効・無効は特別審理手続で事情に応じて衡平にもとづき解釈された⁶⁹。

2.2.3.1. ⑧ウルピアーヌス D 36.1.18.7⁷⁰

ウルピアーヌスが『信託遺贈録』2巻において論じたこの事例は、実際に起こった事件を基にしているとのことである。ある母親が自分の子の一人に、彼が子を残さずに死亡したならば、彼の兄弟に相続財産を移転するように、という条件で財産を彼に信託遺贈した。しかし、その後で彼は遠島刑に処され、その島で子をもうけた。そこで信託遺贈の条件は成就しないのかが問われたのである。ウルピアーヌスは、子が懐胎されたのが遠島刑に処される前か後かで判断を変えている。刑に処される前に子が懐胎された場合、刑に処された後で生まれたとしても条件は成就しない。これに対して、刑に処された後に子が懐胎された場合、生まれたとしても条件は成就する。なぜなら、遠島刑に処されることによってその者は地位も財産も失い、あたかも別人のようになるからである、と⁷¹。

問題は、受託者が刑に処される前に子が懐胎され、生まれたが、海難事故等で受託者とその子が一緒に死亡した場合、子を残さずに死亡したならば、という条件は成就するの否か、ということである。

これについてウルピアーヌスは、「息子が父より長く生きれば、信託遺贈の条件を消滅させるし、息子が父より長く生きなければ、条件が成就する（*filius supervixit patri et extinxit condicionem fideicommissi, aut non supervixit et extitit condicio*）」が、「私はむしろ条件は成就したと考える（*magis non defecisse arbitror*）」と述べている。したがって、受託者の兄弟あるいは兄弟の相続人は、受託者の相続

70 D 36.1.18.7 (Ulpianus 2 fideic.)

Si quis autem susceperit quidem filium, verum vivus amisit, videbitur sine liberis decessisse. sed si naufragio vel ruina vel adgressu vel quo alio modo simul cum patre perierit, an condicio defecerit, videamus. et magis non defecisse arbitror, quia non est verum filium eius supervixisse. aut igitur filius supervixit patri et extinxit condicionem fideicommissi, aut non supervixit et extitit condicio: cum autem, quis ante et quis postea decesserit, non apparet, extitisse condicionem fideicommissi magis dicendum est.

学説彙纂36巻1章18法文7項（ウルピアーヌス、信託遺贈録2巻）

ところで、ある者が例えば息子をもうけたが、生きていううちに〔息子を〕失った場合、子を残さずに死亡したと解されることになる。これに対して、難船で、あるいは倒壊で、あるいは襲撃で、あるいはその他の仕方でも父と一緒に死亡した場合、〔父が子を残さずに死亡した場合、という〕条件は成就しなかったのか、検討しよう。私はむしろ条件は成就したと考える。なぜなら、息子が〔父〕より長く生きたということは正しくないからである。要するに、息子が父より長く生きれば、信託遺贈の条件を消滅させるし、息子が父より長く生きなければ、条件が成就するが、誰が先に死亡し、誰がその後に死亡したのかが明らかでない場合、むしろ信託の条件は成就したと言われるべきである。

71 D 36.1.18.5.

人に対して信託財産の回復を請求することができることになる。

ウルピアーヌスがこのように論じたのは、信託遺贈の解釈に際して信託者の意思に重きを置いていたからである。一般にこのような信託遺贈において、信託者は受託者の子が生きて信託財産を受け継ぐことを意図しているのであり、その子が死亡したにもかかわらず信託財産が回復されない、という信託者の意思に反した帰結をウルピアーヌスは容認しなかった。そして、この帰結を導くためにウルピアーヌスは、「誰が先に死亡し、誰がその後に死亡したのが明らかでない場合（*quis ante et quis postea decesserit, non apparet*）」、「息子が〔父〕より長く生きたということは正しくない（*non est verum filium eius supervixisse*）」と述べて、受託者の相続人に、息子が父より長く生きたこと、言い換えれば父が息子より先に死亡したことを証明する責任を課している。

2.2.3.2. ⑨マルキアーヌス D 36.1.35⁷²

信託者である父が受託者である息子たち（2人とは限定されていない）に、「彼らのうち最後に死亡した者（*qui novissimus ex filiis mortuus est*）」の遺産の一部を受益者である近親者（おそらく父の宗族）に供与するよう望んだ。問題は、息子たちが一緒に死亡した場合、受益者である近親者が遺産の一部を得ることができるのか、それとも息子たちの母がテルトゥリウス元老院議決に基づいて遺産を相続するのか、ということである。

ここでは、「最後に死亡した者」という文言をどのように解するかが問題となる。遺言者の意思と衡平に重きをおくならば、息子たちの誰かが最後に死亡した、として死亡の先後を推定する道を選ぶか、補充指定の例で見たように、誰もが最後に死亡したかのように解することが考えられる。しかしマルキアーヌスはそのようにせず、むしろこの文言を厳密に、すなわち「近親者は、誰が最後に死亡したか証明しなければ遺産の一部を請求することができない（*propinquum, si non ostenderit quis*

72 D 36.1.35 (Marcianus 2 reg.)

Si eius, qui novissimus ex filiis mortuus est, partem hereditatis propinquo voluit pater restitui et simul fratres diem suum obissent: propinquum, si non ostenderit quis novissimus obisset, ad partem hereditatis non admitti, sed matrem ex Tertulliano senatus consulto ad utriusque hereditatem admitti constat.

学説彙纂36巻1章35法文（マルキアーヌス、法範録2巻）

息子たちのうち最後に死亡した者の相続財産の一部が近親者に譲り渡されるよう父が欲したが、兄弟たちが一緒に死亡した場合、近親者は、誰が最後に死亡したか明らかにしないならば、遺産の一部に対する資格を得られないこと、これに対して母はテルトゥリウス元老院議決のもとづいて両者の遺産に対する資格を得られることは、確定している。

novissimus obisset, ad partem hereditatis non admitti)」と解釈した。もっとも、その解釈の基礎には、息子たちのうち誰が先に死亡し、誰がその後死亡したのか、さらに言えば誰が最後に死亡したのかが明らかでない場合には、誰かが誰かより長く生きたとは解されない、という論拠があり、それに基づいて、息子たちのうち誰かが最後に死亡したと主張しようとする近親者に証明責任が課されている、と考えることができる。

2.2.4. ⑩マルキアーヌス D34.5.18 pr⁷³

ここでは大きく分けて2つ、細かく分けると3つの事例が論じられている⁷⁴。第1の事例は、兄弟の一方が、未成熟者である他方の補充相続人に指定されたが、一緒に死亡した場合、補充相続人は未成熟者の相続人となるのか、ということが問題となっている。第2の事例では、兄が弟の、弟が兄の補充相続人に指定されたが、一緒に死亡した場合、兄弟は互いに相続人となった後に死亡したと解されるのか、ということが問題となっている。以上は補充相続の事例であるが、第3の事例は信託遺贈の事例であり、おそらくは信託者である父が受託者である2人の子に、兄弟

73 D 34.5.18 pr (Marcianus 3 reg.)

Sed et in illo quaeritur, si pariter pupillus et qui ei substitutus erat frater necessarius decesserit, an frater fratri existat heres an contra: vel si duo invicem necessarii substituti sunt et una perierint, an heredes exstitisse videantur: vel alter alteri (hoc est si invicem) hereditatem rogati fuerint restituere. in quibus casibus si pariter decesserint nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.

学説彙纂34巻5章18法文首項（マルキアーヌス、法範録3巻）

さらに、以下の者についても問題とされる。すなわち、未成熟者と、彼に代わる必然相続人として補充指定されていた兄弟と一緒に死亡した場合、兄弟の一方が他方の相続人となるのか、ならないのか。または、2人が相互に必然相続人として補充指定され、一緒に死亡した場合、〔兄弟は互いに〕相続人となったと解されるのか。または、一方が他方に（すなわち相互に）遺産を譲り渡すよう信託された場合はどうか。いずれの事例でも、一緒に死亡し、誰が先に死亡したのかが明らかでない場合には、一方が他方より長く生きたとは解されない。

74 学説彙纂の編纂者たちは、先に述べたようにマルキアーヌス『法範録』3巻から抜粋され、おそらく一連の文章であるD 34.5.16とD 34.5.18との間に、パウルスD 34.5.17を挿入している。パウルスは、夫が嫁資を妻に特定遺贈[■]した後、夫と妻とが一緒に死亡した事例を伝えている。船田（本稿註52）第4巻403頁によれば、特定遺贈[■]とは、遺言人が共同相続人中の誰かに特定の物をあらかじめ遺贈することであり、この場合はおそらく、子の1人が遺贈義務を負担することによって成立する。夫が妻より先に死亡したならば、妻の相続人は遺贈義務負担者にその履行を請求することができる。これに対して、妻が夫より先に死亡したならば、受遺者の死亡により、特定遺贈は有効とならないので、妻の相続人は遺贈義務負担者にその履行を請求することができない。前後の文脈が不明であり、実際にパウルスがそのように考えていたかは分からないが、少なくとも学説彙纂の編纂者たちは、妻の相続人が遺贈義務負担者にその履行を請求するためには、夫が妻より先に死亡したことを証明しなければならない、と考えていたと思われる。

のうち先に死亡する一方が他方に遺産を譲り渡すよう委託したが、兄弟が一緒に死亡した場合、信託財産は誰に帰属するのか、ということが問題となっていると思われる。いずれの事例でも、死亡の先後関係を推定することによって問題を解決することが考えられる。しかしマルキアヌスは上述の事例と同様に、「いずれの事例でも、一緒に死亡し、誰が先に死亡したのか明らかでない場合には、一方が他方より長く生きたとは解されない（*in quibus casibus si pariter decesserint nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse*）」と述べて、一方が他方より長く生きたと主張しようとする者に、それを証明する責任を課している。

2.3. 贈与

贈与にかんしては、ある特殊な状況下で、数人の死亡の先後関係が不明である事例が伝えられている。すなわち、夫婦間贈与と死因贈与である。

2.3.1. ⑪ウルピアーヌス D 24.1.32.14⁷⁵

学説彙纂24巻1章「夫婦間贈与について（*De donationibus inter virum et uxorem*）」

75 D 24.1.32.14 (Ulpianus 33 ad Sab.)

Si ambo ab hostibus capti sint et qui donavit et cui donatum est, quid dicimus? et prius illud volo tractare. oratio, si ante mors contigerit ei cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit: ergo si ambo decesserint quid dicemus, naufragio forte vel ruina vel incendio? et si quidem possit apparere, quis ante spiritum posuit, expedita est quaestio: sin vero non appareat, difficilis quaestio est. et magis puto donationem valuisse et his ex verbis orationis defendimus: ait enim oratio “si prior vita decesserit qui donatum accepit”: non videtur autem prior vita decessisse qui donatum accepit, cum simul decesserint. proinde rectissime dicetur utrasque donationes valere, si forte invicem donationibus factis simul decesserint, quia neuter alteri supervixerit, licet de commorientibus oratio non senserit: sed cum neuter alteri supervixerit, donationes mutuae valebunt: nam et circa mortis causa donationes mutuas id erat consequens dicere neutri datam conditionem: locupletes igitur heredes donationibus relinquent. secundum haec si ambo ab hostibus simul capti sint amboque ibi decesserint non simul, utrum captivitatis spectamus tempus, ut dicamus donationes valere, quasi simul decesserint? an neutram, quia vivis eis finitum est matrimonium? an spectamus, uter prius decesserit, ut in eius persona non valeat donatio? an uter rediit, ut eius valeat? mea tamen fert opinio, ubi non reverterunt, ut tempus spectandum sit captivitatis, quasi tunc defecerint: quod si alter redierit, eum videri supervixisse, quia redit.

学説彙纂24巻1章32法文14項（ウルピアーヌス、サビーヌス註解33巻）

もし贈与者と受贈者のどちらも敵によって捕らえられた場合、我々は何と言うべきか？最初に次のことを私は検討したい。演説は、もし先に受贈者が死亡した場合、贈与は無効である、と定めた。それでは、仮に難船で、あるいは建物の倒壊で、あるいは火災でどちらとも死亡した場合、我々は何と言うべきか？もし、誰が先に息絶えたか、明らかにすることができれば、問題は解決される。けれども、もし明らかにならない場合、問題〔の解決〕は困難である。むしろ贈与は有効である、と私は考える。そしてこの演説の文言にもとづいて我々は次のように主張する。すなわち演説は、「もし先に死去したのが受贈者であった場合」と言う。ところが、同時に死亡した場合、受贈者は先に死去したとは解され

に収録されているウルピアヌス D 24.1.32.14は、『サビヌス註解 ad Sabinum』 33巻から抜粋された一節である⁷⁶。そこで紹介され、検討されているのは、206年にセプティミウス・セウエールス帝 Septimius Severus およびカラカッラ帝 Caracalla が元老院で行った、夫婦間贈与■にかんする演説■である。

ローマ法上、夫婦間贈与は無効とされていたが、この演説により一定の場合に限ってその規制が緩和された⁷⁸。ウルピアヌス D 24.1.32.13によれば、贈与した者が先に死亡した場合、その時点で贈与は有効とされた。他方で演説は、「贈与を受けた者が先に死亡した場合、贈与は無効である、と定めた（si ante mors contigerit ei cui donatum est, nullius momenti donationem esse voluit）」。そこで問題となるのが、「仮に海難事故で、あるいは建物の倒壊で、あるいは火災で〔夫婦の〕どちらとも死亡した場合（si ambo decesserint…, naufragio forte vel ruina vel incendio）」、贈与は有効

ない。それゆえ、次のように言われるのは非常に妥当であろう、すなわち、もし仮に互いに贈与がなされた後に同時に死亡した場合、どちらの贈与も有効である、と。なぜなら、共に死ぬことについて演説は判断しなかったとはいえ、どちらとも他方より長生きしなかったであろうからである。そこで、どちらとも他方より長生きしなかったであろう場合、互いの贈与は有効であろう。なぜなら、死を原因とする相互の贈与にかんしても、どちら〔の相続人〕にもコンディクティオは与えられない、と言うことは首尾一貫していたからである。それゆえ、〔相互に贈与した者たちは〕贈与によって利得した相続人たちを残すことになる。これによると、両者が敵によって一緒に捕らえられたが、そこで一緒に死亡したのではない場合、捕らえられた時点を考えるべきであって、その結果、あたかも一緒に死亡したかのように、互いの贈与は有効である、と我々は言うべきであろうか。それとも、彼らが生きている間に婚姻は終了したことを理由として、どちら〔の贈与〕も有効でない、と〔言うべきであろうか〕。あるいは、どちらかが先に死亡したのであって、その結果、死亡した者に対する贈与は有効でない、と考えるべきであろうか。あるいはどちらかが帰国したならば、帰国した者に対する贈与は有効である、と考えるべきであろうか。以下は私の見解である。帰国しなかった場合、捕らえられた時点が、あたかもその時に死亡したかのように、考えられるべきである。これに対して一方が帰国した場合、帰国したことを理由として、彼がより長く生きたと解される。

76 この法文が、これまで数多くのインテルポラチオの可能性を指摘されてきたことについては、■（本稿註39）S. 338, Fn.12を参照。

77 元首が元老院で行う演説■は元老院議決■の提案であり、元首政初期には政務官たち■が提案するのと同様の形式で行われた。ハドリアヌス帝の頃から政務官たちによる提案は行われなくなり、専ら元首あるいはその代理人によって行われるようになった。提案は形式に過ぎず、討議は行われなかった。その結果、元首の演説■という用語が元老院議決■を指し示すまでになった。■（本稿註49）Oratioの項（pp.610-611）を参照。

78 ウルピアヌス『法範録』（Ulpiani liber singularis regularum）7.1によれば、夫婦間贈与は死亡、離婚、奴隷の解放を理由とする（mortis causa, diuortii causa, serui manumittendi gratia）場合に限って有効とされた。

なのか、それとも無効なのか、ということである。贈与が無効であれば、贈与した者の相続人は贈与を受けた者の相続人にコンディクティオ⁷⁶で利得の返還を請求することができるが、贈与が有効であれば、それはできない。

それでは、夫婦が同一の事故で一緒に死亡し、その死亡の先後関係が不明である場合はどうか。これについてウルピアーヌスは次のように述べている。贈与を受けた者が先に死亡した場合、贈与は無効である、と演説は言う。けれども、夫婦が「一緒に死亡した場合、贈与を受けた者が先に死亡したとは解されない（*non videtur autem prior vita decessisse qui donatum accepit, cum simul decesserint*）」。それゆえ、贈与は有効である、と。ここでウルピアーヌス D 24.1.32.14は、「夫婦が互いに贈与した後で一緒に死亡した場合（*si forte invicem donationibus factis simul decesserint*）」を引き合いに出す。この事例についてウルピアーヌスは、「どちらの贈与も有効である（*utrasque donationes valere*）」と判断する。なぜなら、互いに贈与した夫婦は「どちらも相手方より長く生きていなかったから（*quia neuter alteri supervixerit*）」である。

続けてウルピアーヌスは、相互に死因贈与がなされ、贈与した者たちが一緒に死亡した、という事例を挙げる。⑫マルキアーヌス D 39.6.26⁷⁹によれば、そのような贈与は互いに有効とされる。そして、贈与した者の相続人はそれぞれ、贈与した物を返還するよう相手方の相続人に請求することはできない。なぜなら、互いに死を原因として贈与した者たちは「どちらも相手方より長く生きていなかったから（*quia neuter alteri supervixit*）」である。

さらに⑬パウルス D 34.5.8⁸⁰が伝えるところでは、同様の事例について（おそら

79 D 39.6.26 (Marcianus libro 2 reg.)

Si qui invicem sibi mortis causa donaverunt pariter decesserunt, neutrius heres repetet, quia neuter alteri supervixit. idem iuris est, si pariter maritus et uxor sibi donaverunt.

学説彙纂39巻6章26法文（マルキアーヌス、法範録2巻）

互いに死を原因として贈与した者たちが一緒に死亡した場合、いずれの相続人も返還請求することにはならないであろう、というのは、どちらも他方より長く生きていなかったからである。同じことが法に属するのは、夫と妻とが同時に他方に贈与した場合である。

80 D 34.5.8 (Paulus libro 2 sent.)

Si inter virum et uxorem donatio facta fuerit, priore defuncto cui donatum est ad eum res redit qui donaverat: quod si simul tam is cui donatum est quam is qui donaverit, quaestionis decidendae gratia magis placuit valere donationem, eo maxime, quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.

学説彙纂34巻5章8法文（パウルス、意見集2巻）

夫婦間で贈与がなされた場合、贈与を受けた者が先に死亡したならば、〔贈与された〕物は贈与した者に戻る。ところで、贈与を受けた者も贈与した者と一緒に〔死亡した〕ならば、問題を解決するために、とりわけ以下の理由から、むしろ贈与を有効とすること、とされている、すなわち、贈与した物をコンディクティオで請求することができるはずの贈与し

くウルピアヌスやマルキアヌスを含む）多くの法学者が、贈与は有効である、と判断していた（*magis placuit*）。パウルスによれば、その理由は「贈与した物をコンディクティオで請求することができるはずの贈与した者が〔贈与を受けた者よりも〕長く生きてはいないからである（*quod donator non supervivat, qui rem condicere possit*）」。

2.3.1.1. 演説の趣旨

なぜ夫婦間贈与は、206年の演説が定めているように、贈与を受けた者が先に死亡した場合には無効となるのか。この問題は訴訟法上の観点から考慮されるべきである。

この問題に答えを与える前に、もう一つ別の問題を先に検討しなければならない。それは、夫婦間贈与の有効あるいは無効とは何を意味するのか、という問題である。ローマ法において夫婦間贈与は無効である、と言う場合、「無効」には二重の意味がある。第一に、贈与した者は、たとえ夫婦間贈与を目的として問答契約を締結したとしても、贈与の客体のトラディティオ■を義務付けられない。贈与を受けた者はいかなる訴えによっても問答契約の諾約者に履行を強制することはできない。第二に、トラディティオが為された後でさえ、贈与した者はいつでも所有物返還請求訴権■で、あるいはその客体が費消された場合にはコンディクティオで⁸¹、その客体の返還を請求することができる⁸²。

ところで、206年の演説は、婚姻終了時までには贈与した者が贈与の意図を撤回しない場合には贈与を有効とし、贈与した者あるいはその相続人が返還を請求するのを妨げた⁸³。したがって、夫婦間贈与の贈与した者あるいはその相続人が贈与の客

た者が、〔贈与を受けた者〕より長く生きていないからである。

81 ウルピアヌス D 12. 1. 11. 2、D 12. 6. 29、D 24. 1. 33. 1、パウルス D 12. 1. 13. 1. 費消■の意義については、M. Das geld im römischen sachenrecht, Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis, 29 (1961), 169ff.; Die Zahlung mit fremdem Geld, BIDR 79 (1976), 49ff.; 宮坂渉「金銭の取戻し（*vindicatio nummorum*）」早稲田法学会誌56巻（2006年）197-245頁。

82 ウルピアヌス D 24.1.5.18、パウルス D 24.1.36 pr.

83 D 24.1.32.2-4 (Ulpianus 33 ad Sab.) 2. Ait oratio “fas esse eum quidem qui donavit paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse”. 3. Paenitentiam accipere debemus supremam. proinde si uxori donavit, deinde eum paenituit, mox desiit paenitere, dicendum est donationem valere, ut supremum eius spectemus iudicium, quemadmodum circa fideicommissa solemus, vel in legatis cum de doli exceptione opposita tractamus, ut sit ambulatoria voluntas eius usque ad vitae supremum exitum. 4. Sed ubi semel donatorem paenituit, etiam heredi revocandi potestatem tribuimus, si appareat defunctum evidenter revocasse voluntatem: quod si in obscuro sit, proclivior esse debet iudex ad comprobendam

体の返還を請求することができるのは、次の3つの場合である。

事例 a) 婚姻が離婚により終了した、すなわち夫婦はどちらも婚姻の終了よりも長く生きた。

事例 b) 婚姻が当事者の死亡により終了した、すなわち、

b1) 贈与した者が先に死亡した、あるいは

b2) 贈与を受けた者が先に死亡した。

事例 a) と b1) では、贈与した者が贈与の客体の返還を請求するためには、婚姻終了時まで、贈与の意思表示を撤回していなければならない。これに対して事例 b2) では、贈与した者は、その意思表示を撤回したか否かにかかわらず、返還を請求することができる。というのも、古典期ローマ法において夫婦間贈与は死因贈与⁸⁴と類似しているものとされ、死因贈与において贈与を受けた者が先に死亡した場合には、意図した目的が達成されなかったことを理由として、目的不達成のコンディクティオ⁸⁵で贈与の客体の返還を請求することができ、あるいは、贈与に付された停止条件、すなわち「贈与を受けた者が贈与した者より長く生きた場合に限り」が成就しなかったことを理由として、所有物返還請求訴権もしくはコンディクティオで返還を請求することができた⁸⁴、からである。

つまり、贈与した者が婚姻終了時まで、その意思表示を撤回していた場合、夫婦どちらが先に死亡したかは問題にならない、とすることができる。というのも、訴訟法上の観点からは、贈与した者は、撤回すれば、法務官が彼に贈与を受けた者あるいはその相続人を相手方とする訴権を付与することになる法的地位を占めること

donationem.

学説彙纂24巻1章32法文2-4項（ウルピアーヌス、サビーヌス註解33巻）2. 演説は次のように述べている。「確かに、贈与した者が贈与を撤回することは正当である。しかし、相続人が、おそらくは贈与しようとした者の最期の意思にさからって、それを奪い取ることは冷淡かつ吝嗇である」。3. 我々は最後の撤回を撤回と解するべきである。それゆえ、夫が妻に贈与し、その後それを撤回したが、すぐに撤回することを思いとどまった場合、贈与は有効であると言われるべきである。従って、彼の最後の意思を我々は吟味すべきである。4. 贈与者が何度も撤回した場合、使者がその意思を明確に撤回したことが明らかであるならば、相続人にも撤回する権限を我々は付与するであろう。これに対して、明白でない場合、審判人は贈与を認める方向で行くべきである。

84 M. Romisches Privatrecht, 18. Auflage, 2005, S. 361.

ができるからである。ひとたび贈与した者がこの地位を占めると、その相続人はその地位を包括承継人として承継し、その訴権で贈与の客体の返還を請求することができる。

したがって、贈与した者が婚姻終了時までその意思表示を撤回しなかった場合にのみ、夫婦の死亡の先後関係が問題になる。この場合、贈与した者あるいはその相続人が訴訟を提起することができるのは、贈与を受けた者が先に死亡したことの証明に彼らが成功した場合に限られる。というのも、証明に成功することによって初めて、贈与した者は贈与を受けた者の相続人を相手方とする訴権を得る法的地位を占めることができ、贈与した者の相続人がその地位を承継することができる、からである。これに対して、贈与した者あるいはその相続人が証明に成功しなかった場合、彼らは訴権を得る法的地位を占めることができない。例えば、贈与した者が先に死亡した場合、その相続人がこれを証明することができないのは明らかである。以上が訴訟法上の観点からの論理的帰結である。

2.3.1.2. 夫婦が一緒に死亡した場合

それではなぜ、夫婦間贈与においても、夫婦間の死因贈与においても、夫婦が一緒に死亡した場合に、贈与は有効とされるのか。これについても、訴訟法上の観点から考察することによって明らかになる。ここでも、贈与した者は贈与の意思を撤回せずに死亡したことが前提となる。そして、贈与した者の相続人は、贈与を受けた者の相続人を相手方としてコンディクティオで返還を請求しようとする場合、この贈与が夫婦間で行われたこと、それゆえ贈与した者はコンディクティオを付与される地位を占めたこと、そして贈与した者の死によって自分がその地位を承継したこと、を主張することになる。

これに対して贈与を受けた者の相続人は、贈与した者が贈与の意思を撤回せずに死亡した、そして夫婦の死亡の先後関係は不明である、との抗弁を提出することができる。その理由は、ウルピアヌス D 24.1.32.14およびマルキアーヌス D 39.6.26に言われているように、「どちらも相手方より長く生きていなかったから（*quia neuter alteri supervixit*）」である。

それゆえ、贈与した者の相続人は、贈与を受けた者が先に死亡したことを証明する責任を課されることになる。もっともその証明は困難であるから、パウルス D 34.5.8でも言われているように、贈与した者がコンディクティオを付与される地位

を占めたことにはならず、したがって贈与した者の相続人にもコンディクティオは付与されないことになる。言い換えれば、この贈与は有効になる。

2.3.2. 法学者たちの判断の背景

この問題について古典期法学者たちは、可能な限り贈与を有効とする解決を採用していた。例えばウルピアヌスは、D 24.1.32.14に先立つ箇所でも、撤回の意思表示が明確でない限り贈与した者の「最期の意思（*voluntatem supremam*）」を尊重して、贈与は有効とされるべきである、と考えていた⁸⁵。その背景には、贈与した者の死後、その相続人によって贈与の有効・無効の問題が蒸し返されるのは望ましくない、という意識があったように思われる。

2.4. 嫁資

2.4.1. 嫁資の設定とその返還

嫁資とは、婚姻の成立を前提とした、妻となる女性側の設定者からの、夫となる男性またはその家長に対する贈与である。嫁資の設定者は、通常は妻となる女性の家長であるが、女性の母・兄弟・伯叔父・後見人、または女性の債務者も設定者になることができた。嫁資は夫またはその家長の所有に帰属し、婚姻の成立・維持に必要な費用につき夫を援助する意味を有していた。したがって婚姻終了、特に妻が婚姻継続中に死亡した際には、設定者が嫁資の返還を求めて夫またはその家長と争うことがあった。その場合、設定者と夫またはその家長との間で嫁資の返還にかんする合意あるいは担保問答契約⁸⁶が締結されていれば、設定者はこれにもとづく訴訟を提起することができた。そのような特約がない場合、法務官は嫁資返還請求訴権⁸⁷を設定者に付与した⁸⁶。

2.4.1.1. ⑭パーピニアヌス D 23.4.26 pr⁸⁷

パーピニアヌス D 23.4.26 pr は次のような事例を伝えている。嫁資の設定者で

85 ウルピアヌス D 24.1.32.2-4（本稿註83）を参照。

86 船田（本稿註52）第4巻80-92頁。

87 D 23.4.26 pr (Papinianus 4 resp.)

Inter socerum et generum convenit, ut, si filia mortua superstitem anniculum filium habuisset, dos ad virum pertineret: quod si vivente matre filius obisset, vir dotis portionem uxore in matrimonio defuncta retineret. mulier naufragio cum anniculo filio periiit. quia verisimile videbatur ante matrem infantem perisse, virum partem dotis retinere placuit.

学説彙纂23巻4章26法文首項（パーピニアヌス、回答録4巻）

義父と婿との間で以下のような合意がなされた、「娘が死亡したときに1歳の息子が生きていたならば、嫁資は夫に帰属する。これに対して、母が生きている間に息子が死亡した

ある義父と夫との間で、（娘であり妻であり母でもある）女性が婚姻継続中に、1歳に達した息子よりも先に死亡したならば夫は嫁資のすべてを取得し、息子が先に死亡したならば夫は嫁資の一部を取得する、という合意がなされた。その後、女性が海難事故で1歳の息子とともに死亡した。女性と息子の死亡の先後関係が不明である場合、夫は嫁資のすべてを取得するのか。それとも嫁資の一部を取得するにとどまるのか。

パーピニアヌスは、「母より先に幼児が死亡したことの蓋然性が高い（*verisimile ante videbatur ante matrem infantem perisse*）」ということを理由として、夫は嫁資の一部を取得するにとどまる、とするのが「通説である（*placuit*）」、と述べている。

2.4.1.2. ⑮トリュフォニーヌス D 34.5.9.3⁸⁸

ここでは嫁資の返還を約する問答契約の一形式が問題となる。すなわち、設定者と夫が、婚姻継続中に娘（妻）が死亡したならば、夫は嫁資を設定者に返還する、という内容の停止条件付問答契約を締結した場合である。婚姻継続中に妻が夫より先に死亡したならば、条件は成就し、問答契約は有効になる。これに対して、夫が妻より先に死亡したならば、その時点で婚姻は解消されるので、条件は成就せず、問答契約は無効になる。それでは、夫と妻が一緒に死亡し、両者の死亡の先後関係が不明である場合はどうなるのか。

これについてトリュフォニーヌス D 34.5.9.3は、「問答契約は有効になる余地がある、ただし妻が夫より長く生きたと証明された場合はその限りでない（*stipulatio … habebit locum, si non probatur illa superstes viro fuisse*）」と述べている。したがって夫の相続人に、夫が妻より先に死亡したことを証明する責任が課され、証明がなされない限り、夫と妻の死亡の先後関係が不明であっても、「婚姻継続中に妻が死亡したならば」という条件は成就し、問答契約は有効になる。もっとも、夫は死亡しているので、設定者は夫の相続人に嫁資相当分の返還を求めることになる。

場合、妻が婚姻継続中に死亡したならば、夫は嫁資の一部を確保する」。妻が難船で1歳の息子とともに死亡した。母より先に幼児が死亡したことの蓋然性が高いと解されるので、夫は嫁資の一部を確保する、ということが通説である。

88 D 34.5.9.3 (Tryphoninus 21 disp.)

Si maritus et uxor simul perierint, stipulatio de dote ex capitulo “si in matrimonio mulier decessisset” habebit locum, si non probatur illa superstes viro fuisse.

学説叢纂34巻5章9法文3項（トリュフォニーヌス、討論集21巻）

夫と妻とが一緒に死亡した場合、嫁資にかんして「婚姻継続中に妻が死亡したならば」という条件にもとづく問答契約は有効になる余地がある、ただし妻が夫より長く生きたと証明された場合はその限りでない。

2.4.1.3. ⑯マルキアーヌス D 34.5.16 pr⁸⁹

マルキアーヌス D 34.5.16 pr は次のような事例を伝えている。トリュフォニーヌス D 34.5.9.3にも見られる嫁資の返還にかんする停止条件付問答契約を、妻の母と夫とが締結した。その後、母とその娘である妻とが一緒に死亡した場合、婚姻継続中に娘が死亡したことは疑いがないが、問答契約の当事者である母もまた死亡している。このとき母の相続人が問答契約にもとづいて嫁資を返還するよう夫を訴えることができるのか。

娘が母より先に死亡したならば、条件は成就し、問答契約は有効になる。それによって母は問答契約訴権を有することになり、母の死によって訴権は母の相続人に承継されるから、母の相続人は嫁資を返還するよう夫を訴えることができる。これに対して、母が娘より先に死亡したならば、問答契約が有効になる前に契約当事者が死亡したのであるから、問答契約は無効となる。それゆえ母の相続人はそもそも訴権を有しない。それでは母と娘の死亡の先後関係が不明な場合はどうなるのか。

マルキアーヌスによれば、アントニーヌス・ピウス帝 Antoninus Pius は次のように勅答した。すなわち、「問答契約は有効とならない (*non esse commissam stipulationem*)」、「なぜなら母は娘より長く生きていないからである (*quia mater filiae non supervixit*)」と。トリュフォニーヌス D 34.5.9.3とは異なり、おそらくここでは、嫁資の返還を請求する母の相続人に、母は娘より長く生きた、と証明する責任が課されたが、これを証明することができなかったのであろう。

2.4.1.4. ⑰マルキアーヌス D 34.5.16.1⁹⁰

さらにマルキアーヌス D 34.5.16.1は、問答契約を締結したのが妻の母ではなく家

89 D 34.5.16 pr (Marcianus 3 reg.)

Quod de pariter mortuis tractamus, et in aliis agitatum est. ut ecce si mater stipulata est dotem a marito mortua filia in matrimonio sibi reddi et simul cum filia perit, an ad heredem matris actio ex stipulatu competere? et divus Pius rescripsit non esse commissam stipulationem, quia mater filiae non supervixit.

学説彙纂34巻5章16法文首項（マルキアーヌス、法範録3巻）

一緒に死亡した者たちについて我々が論じていることは、他の者たちについても論じられている。例えば、母が、婚姻継続中に娘が死亡したならば嫁資が夫から自分に返還されるよう問答契約を締結し、娘と一緒に死亡した場合、母の相続人に問答契約にもとづく訴権が付与されるのか、考えてみよ。そして神皇ピウスは答えた、問答契約有効とならない、なぜなら母は娘より長く生きていないから、と。

90 D 34.5.16.1 (Marcianus 3 reg.)

Item quaeritur, si extraneus, qui dotem stipulatus est, simul cum marito decesserit vel cum ea, propter quam stipulatus esset, an ad heredem suum actionem transmittat.

学説彙纂34巻5章16法文1項（マルキアーヌス、法範録3巻）

外者⁹¹であるとき、その家外者が妻と一緒に死亡した場合、あるいは夫と一緒に死亡した場合に、家外者の相続人が嫁資を返還するよう夫あるいは夫の相続人を訴えることができるのか、という事例を伝えている。

これまでと同様この問答契約にも「婚姻継続中に妻が死亡したならば」という条件が付されていたとすると、まず家外者が妻と一緒に死亡した場合、妻が家外者より先に死亡したならば、家外者の相続人は問答契約に基づいて嫁資を返還するよう夫を訴えることができる。これに対して、家外者が妻より先に死亡したならば、家外者の相続人は訴権を有しない⁹²。次に家外者が夫と一緒に死亡した場合であるが、問答契約の条件が成就する前に契約当事者が死亡したのであるから、問答契約そのものは無効となる。しかし、夫が家外者より先に死亡したならば、夫の相続人は家外者に対して一般に返還義務を負う⁹³。したがって、家外者の相続人は嫁資を返還するよう夫の相続人を訴えることができる。これに対して、家外者が夫より先に死亡したならば、家外者の相続人は訴権を有しない。

そのような条件が付されていない問答契約は、一般に一方配偶者の死亡による婚姻終了に際して他方配偶者が設定者である家外者に嫁資を返還する、という内容であったと考えられるから、一方配偶者が家外者より先に死亡したならば、家外者の相続人は問答契約に基づいて嫁資を返還するよう他方配偶者を訴えることができるが、家外者が一方配偶者より先に死亡したならば、家外者の相続人は訴権を有しないことになる。

いずれにせよ問題は、家外者と夫あるいは妻の死亡の先後関係が不明な場合の帰結である。その帰結は明示されていないが、「同様に問題とされるのは（Item quaeritur）」と冒頭で述べられていることから、マルキアーヌス D 34.5.16 pr と同様に、嫁資の返還を請求する家外者の相続人に、家外者が一方配偶者より長く生きたことを証明する責任が課され、これを証明することができない限り、訴権は相続人

同様に問題とされるのは、〔ある女性のために〕嫁資について問答契約を締結した家外者は、その夫と一緒に死亡した場合、あるいはその女性と一緒に死亡した場合に、自分の相続人に〔嫁資の返還を請求する〕訴権を移転するのか、ということである。

91 家外者 *extraneus* とは、ある家族に属さない者、またはある者の親族でない者を指す。ある女性のために嫁資を設定する者がその典型例である。⁹²（本稿註49）*Extraneus* の項（pp.466）を参照。

92 船田（本稿註52）第4巻87頁によれば、家外者の相続人は嫁資返還請求訴権⁹³も持たない。

93 船田（本稿註52）第4巻87-88頁。

に移転しない、という判断が下されたと考えられる。

以上の検討から問題となるのは、これらの事例における証明責任の配分の仕方である。トリュフォニース D 34.5.9.3では、嫁資の返還を請求される夫の相続人に証明責任が課され、嫁資設定者にとって有利であるのに対して、一連のマルキアーヌス文では、返還を請求する嫁資設定者の相続人に証明責任が課され、嫁資設定者の相続人にとって不利である、という差異が存在する。一見すると、一連のマルキアーヌス文では原告に証明責任が課されているのに対して、トリュフォニース D 34.5.9.3では証明責任が被告に転換され、そこでは夫が妻より長く生きた、あるいは夫と妻が同時に死亡した、という推定がなされているとも考えられる⁹⁴。しかしここでも注目すべきは、トリュフォニース D 34.5.9.3およびマルキアーヌス D 34.5.16 pr が「一方（妻あるいは母）が他方（夫あるいは娘）より長く生きていない」と述べて、これを覆そうとする者に証明責任を課している、ということである。

2.4.2. 小括

嫁資はその性質上、婚姻終了時には設定者がその返還を求めることができたが、合意または問答契約によって夫にその全部あるいは一部を帰属させることもあった。配偶者の死亡による婚姻の終了に伴う返還請求にかんしては、設定者が返還を請求する場合には請求者に有利になるように、設定者の相続人が返還を請求する場合には請求者に不利になるように証明責任が課された。その差異の理由であるが、嫁資もある意味で贈与であることを考えれば、贈与で見られたのと同じく、ここでも贈与者すなわち設定者の相続人によって贈与が覆されることに法学者たちは慎重な態度を取っていると言える。

2.5. その他

⑧ヤウォレーヌス D 34.5.22⁹⁵は、成熟者である息子と母が海難事故で死亡した場合、どちらが先に死亡したか確認することができないならば、息子がより長く生

94 ㉒(本稿註39) p. 141は、妻が夫より先に死亡したとは述べられていないことを理由として、同時死亡が推定された可能性を支持している。

95 D 34.5.22 (Iavolenus 5 ex Cass.)

Cum pubere filio mater naufragio periit: cum explorari non possit, uter prior exstinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisse.

学説彙纂34巻5章22法文（ヤウォレーヌス、カッシウス抄録5巻）

成熟者である息子と母が海難事故で死亡した。2人のうちいずれが先に死亡したか確認されえない場合、息子がより長く生きたと考えることがより衡平に適う。

きたと考えることがより衡平に適う、と述べている。

これに対して、⑨ガーイウス D 34.5.23⁹⁶は、未成熟者である息子と母が海難事故で死亡した場合には、息子が先に死亡した、つまり母がより長く生きたと解される、と述べている。

もっとも、これらの法文が具体的にどのような問題を扱っているのかは明らかでない。

2.6. 検討の結果

死亡の先後関係が不明な場合について、学説彙纂に収録されている諸法文が伝えている解決は、以下のようにまとめられる。

まず、年齢に応じて死亡の先後を推定する事例であるが、③トリュフォニース D 34.5.9.4、⑭パーピニアース D 23.4.26 pr、⑮ヤウォレーヌス D 34.5.22、⑯ガーイウス D 34.5.23がこれに該当する。これらの法文によれば、父（あるいは母）と息子とが一緒に死亡した場合、息子が成熟者であれば、父（あるいは母）が先に死亡したと推定され、息子が未成熟者であれば、息子が先に死亡したと推定される。

他方、①トリュフォニース D 34.5.9.1、②トリュフォニース D 34.5.9.2のように、父と息子が一緒に死亡したにもかかわらず、年齢とは無関係に死亡の先後を推定する事例も見出される。

これに対して、⑧ウルピアーヌス D 36.1.18.7、⑨マルキアーヌス D 36.1.35、⑩マルキアーヌス D 34.5.18 pr、⑪ウルピアーヌス D 24.1.32.14、⑫マルキアーヌス D 39.6.26、⑬パウルス D 34.5.8、⑮トリュフォニース D 34.5.9.3、⑯マルキアーヌス D 34.5.16 pr、⑰マルキアーヌス D 34.5.16.1においては、どちらか一方が他方より長く生きたとは解されない（*non videtur alter alteri supervixisse*）、あるいは、どちらも相手方より長く生きていなかった（*neuter alteri supervixerit*）、ということ論拠に基づいて、これらに反する事実を主張しようとする者にその証明責任を課している。さらに、④パーピニアース - ユーリアース D 37.11.11 pr、⑤トリュフォニース D 34.5.9 pr、⑥アフリカーヌス D 28.6.34 pr、⑦パーピニアース D 28.6.42は、どちらも相手方より長く生きていなかった、ということから、どちらも最後に死亡

96 D 34.5.23 (Gaius 5 ad legem Iuliam et Papiam)

Si mulier cum filio impubere naufragio periit, priorem filium necatum esse intellegitur.

学説彙纂34巻5章23法文（ガーイウス、ユーリウス・パピウス法註解5巻）

母が未成熟者である息子と海難事故で死亡した場合、先に息子が死亡したと解される。

した、という結論を導いているが、これもまた、それに反する事実を主張しようとする者にその証明責任を課している点は同じである。

3. 近代民法典編纂過程における学説彙纂の諸法文の理解

学説彙纂に収録されている諸法文を検討した結果、死亡の先後関係が不明な場合が問題となる領域は、相続、補充指定、信託遺贈、贈与、嫁資と多様であることが明らかとなった。それらの諸法文が近代民法典編纂の過程においてどのように理解され、その結果フランス、ドイツ、日本の民法典にどのような影響を及ぼしたのか、最後に概観したい。

3.1. ポティエ ROBERT JOSEPH POTHIER

ポティエは *Pandectae Justinianae*⁹⁷において、学説彙纂の関連法文からいくつかの準則を導き出している。

第一に、「成熟者である家子は親より長く生きていたと推定される *Filius pubes praesumitur supervixisse parenti*」という準則である⁹⁸。第二に、それとは反対に、家子が未成熟である場合、父がより長く生きていたと推定される、という準則である⁹⁹。

そのような推定がなされない場合、ポティエによれば、「彼らのうち一方が先に死亡したならば請求が認められることになる者に対して、占有者に有利な判決が下される *adversus eum cui una, ex illis personis praemortua petitio competeret, pro possessore reponetur*」¹⁰⁰。

以上の準則に基づいてポティエは、*Traité divers sur les successions*¹⁰¹において、数

97 ~~Butler~~ *Pandectae Justinianae*, (Parisii: apud F.I. Fournier, 1818-20) t. III, p. 243-245.

98 その根拠として、①トリュフォニウス D 34.5.9.1、③トリュフォニウス D 34.5.9.4前段、⑧ヤウォレーヌス D 34.5.22が挙げられている。

99 その根拠として、③トリュフォニウス D 34.5.9.4後段、⑭パービニアヌス D 23.4.26 pr、⑲ガイウス D 34.5.23が挙げられている。

100 その根拠として、⑩マルキアーヌス D 34.5.18、⑬パウルス D 34.5.8、⑮トリュフォニウス D 34.5.9.3、⑯マルキアーヌス D 34.5.16 pr、⑰マルキアーヌス D 34.5.16.1が挙げられている。

101 ~~Butler~~ (edit. Jean Baptiste Louis Philippe Hutteau), *Traité divers sur les*

人の死亡の先後関係が不明な場合について論じている。

彼によれば、死亡の状況から死亡の先後関係が可能な限り推定されるべきである。例えば、戦場では、前衛部隊にいる者は、後衛部隊にいる者よりも先に死亡したと推定される。火災では、出火したアパートマンにいる者が、より遠くのアパートマンにいる者よりも先に死亡したと推定される。

さらに、父と息子とが同じアパートマンにいた場合、あるいは彼らが海難で死亡した場合には、息子が成熟しているならば、年齢の上でより頑健であるとして、その父よりも長く生きていたと推定される。反対に、息子が未成熟であるならば、それほど長くは抵抗することができなかったであろうから、先に死亡したと推定される¹⁰²。

3.2. サヴィニー FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY

サヴィニーもまた『現代ローマ法体系』System des heutigen römischen Rechts¹⁰³において、学説彙纂の関連法文からいくつかの準則を導き出している。

第一に、両者が同一の瞬間に死亡したと推定される、という一般的な準則である¹⁰⁴。第二に、その例外として、父（あるいは母）と息子とが一緒に死亡した場合、息子が成熟者であれば父（あるいは母）が先に死亡したと推定され、息子が未成熟

successions: Mise en rapport avec le Code Napoléon et les Lois nouvelles, (Letellier, Paris, 1812) t. I, Ch. III, Sect. I.

102 同じ箇所でポティエは、16世紀フランスの法学者デュムーラン Charles Dumoulin の娘である Bobé 夫人が、その子供たちと一緒に殺害された事件を挙げている。1572年に起きたその事件でパリ高等法院は、彼女は子供たち（1人は8歳、もう1人は1歳10箇月）に比べて先に殺害された、と判断された。その理由としてポティエは、犯人は最初に母を殺害することで、抵抗される危険が少なくなる、という利益を得るから、と述べている。G. ~~Blaze~~ Traite theorique et pratique de droit civil (Paris: L. Larose et L. Tenin, 1905-1909) t. VII, 3ème édit., p. 81もルブラン Le Brun を引用して指摘しているように、ここでは年齢によってではなく、犯人の利益と本能によって (selon l'intérêt et le premier instinct des assassins) 死亡の先後が推定されている。et c. (本稿註13) p.373; 木村（本稿註1）26頁も参照。

103 ~~Imke~~ System des heutigen römischen Rechts, (Berlin: Veit und Comp., 1840-1849 (2. Neudruck, Aalen: Scientia Verlag, 1981)) § 63. 邦訳としては、サヴィニー著『サヴィニー現代ローマ法体系』全8巻、小橋一郎訳、成文堂（1993-2009年）がある。

104 その根拠として、⑤マルキアーヌス D 36.1.35、⑩マルキアーヌス D 34.5.18、⑪ウルピアーヌス D 24.1.32.14、⑫マルキアーヌス D 39.6.26、⑮トリュフォニウス D 34.5.9.3、⑯マルキアーヌス D 34.5.16 pr、⑰マルキアーヌス D 34.5.16.1、が挙げられている。

者であれば息子が先に死亡したと推定される¹⁰⁵。もっとも、父と息子とが一緒に死亡した場合であっても同時死亡が推定される場合がある¹⁰⁶。

3.3. ボアソナード GUSTAVE EMILE BOISSONADE

ボアソナードは来日の翌年、1874年に『生残配偶者の権利の歴史』*Histoire des droits de l'époux survivant*¹⁰⁷を公表し、その中で、夫婦の死亡の先後関係が不明な場合について学説彙纂の関連法文を引用して論じている¹⁰⁸。

ボアソナードは、まず、夫婦の死亡の先後関係が不明な場合には、親と子の場合に行われるような推定は存在しない、ということを確認する。次に、この問題は証拠法の一般原則によって解決されなければならない、と述べる。すなわち一方配偶者が生き残ることによって利益を得る相続人は、一方配偶者が生き残っていたことを証明しない限り、自ら訴えてその利益を得ることはできない、と¹⁰⁹。

3.4. 小括

ポティエは学説彙纂の諸法文から意図的に、年齢に応じて死亡の先後を推定する準則を導き出している¹¹⁰。彼の導き出した準則はフランス民法典の旧720条乃至722条に受け継がれた¹¹¹。

105 その根拠として、①トリュフォニヌス D 34.5.9.1、③トリュフォニヌス D 34.5.9.4、⑭パーピニアヌス D 23.4.26 pr、⑮ヤウォレーヌス D 34.5.22、⑯ガーイウス D 34.5.23が挙げられている。

106 その根拠として、②トリュフォニヌス D 34.5.9.2、⑧ウルピアーヌス D 36.1.18.7が挙げられている。

107 ギュスタヴ・ボアソナード著『生残配偶者の権利の歴史：仏語版』日本立法資料全集別巻247、信山社出版（2003年）。

108 ボアソナード（本稿註107）35-37頁。

109 ボアソナード（本稿註107）35頁。彼はその見解を根拠付ける史料として、⑪ウルピアーヌス D 24.1.32.14、⑫マルキアーヌス D 39.6.26、⑬パウルス D 34.5.8を挙げている。

110 興味深いのは、 ~~Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orleans, et ressorts d'Iceux (Orléanais, 1760)~~ Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orleans, et ressorts d'Iceux (Orléanais, 1760), t. III, tit. XVII, n. 38は、2人の者が性別を同じくする場合、年長者が先に死亡したと推定され、これに対して、性別を異にする場合、体力で劣る女性が先に死亡したと推定される、と述べている点である。この準則は、少なくとも学説彙纂の関連法文から導き出されるものではないが、フランス民法典の当該条文に影響を与えたと考えられる。

111 ポティエがフランス民法典に及ぼした影響については、大川四郎「ロベール・ジョゼフ・ポティエ」（勝田有恒・山内進編著『近世・近代ヨーロッパの法学者たち—グラティアンヌスからカール・シュミットまで—』ミネルヴァ書房（2008年）235-247頁所収）および

サヴィニーは、ポティエと同様に学説彙纂の諸法文を素材としながらも、しかし彼とは異なり、同時に死亡したと推定する原則を導き出し、死亡先後推定を例外としている。サヴィニーと同時代の法学者では、ティボー¹¹²がサヴィニーに近い見解を示している。これに対してミュールンブルフ¹¹³は、むしろポティエの理解を踏襲している¹¹⁴。その後、サヴィニーに続く世代の法学者たち¹¹⁵が同時死亡の推定を原則とする理解を踏襲したことは、ドイツ民法典旧20条が同時死亡推定を採用したことに影響を与えたと考えられる。

ボアソナードの見解は、死亡先後推定を例外とする点で、ポティエよりもむしろサヴィニーのそれに近い、と考えられる。来日後、ボアソナードは司法省法学校・東京法学校・明治法律学校・和仏法律学校において西欧近代法の講義を行った。その講義録である『性法講義』には、数人の死亡の先後関係が不明な場合にかんするボアソナードの意見が記録されている¹¹⁶。それによると、ボアソナードはフランス民法典旧720条乃至722条の死亡先後推定を日本において適用することに否定的であ

同書245-246頁に引用されている各文献を参照。

112 ~~Anfänger~~ ~~System~~ System des Pandekten-Rechts (Jena: Bey Johann Michael Mauke, 1818) Bd. 1, § 211.

113 ~~Gründungs~~ ~~Lehrbuch~~ Lehrbuch des Pandekten-Rechts: nach der Doctrina Pandectarum (Halle: 1839 (Frankfurt/Main: Keip, 1983)) Tl. 1, § 185.

114 ミュールンブルフに対してサヴィニーは、未成熟者が先に死亡したとする推定を一般化して、親以外の人に対する関係においても、共同の危難において死亡したのでない場合においても適用しようとしている、と批判を加えている。Savigny (本稿註103) § 63, Anm. (h).

115 例え、~~Karlow~~ ~~Lehrbuch~~ Lehrbuch der Pandekten (Marburg: N.G. Elwert, 1876) Bd. 1, § 33, Anm. 2; ~~Lehrbuch~~ System des heutigen Pandektenrechts (Weinar, Bohlau, 1886-1889 (Aalen: Scientia-Verlag, 1979)) v. 1, § 46; ~~Lehrbuch~~ Pandekten (Berlin: H.W. Muller, 1894) Bd. 1, § 50; ~~Lehrbuch~~ Lehrbuch des Pandektenrechts (Frankfurt a. M.: Literarische Anstalt Rutten & Loening, 1891) Bd. 1, § 53; ~~Lehrbuch~~ bearbeitet von ~~Lehrbuch~~ Lehrbuch des Pandektenrechts (Frankfurt a. M.: Rutten & Loening, 1900-1901) Bd. 1, § 53.

116 本稿では、ボアソナード講義、井上操筆記、司法省蔵版『性法講義』ボアソナード文献双書 12、宗文館書店（1986年）121-123頁（以下、司法省蔵版『性法講義』）ならびに、ボアソナード講述、磯部四郎通訳、私立明治法律学校講法会出版『性法講義』ボアソナード文献双書 16、宗文館書店（1986年）287-302頁（以下、明治法律学校『性法講義』）を引用する。

り¹¹⁷、むしろ同時死亡推定を採用すべきであると考えていた¹¹⁸。そこにも、この問題は証拠法の一般原則によって解決されなければならない、というボアソナードの見解を見て取ることができる¹¹⁹。その見解は、『生残配偶者の権利の歴史』で学説彙纂

117 司法省蔵版『性法講義』(本稿註116) 122-123頁によれば、「^{ママ}法朗西法(第七百二十五條以下)ニ於テハ男女及ヒ年齡ニ基キテ定メシ先死及ヒ餘生ノ豫定……アリ然レトモ此ノ豫定ハ同一ノ異變或ハ同一ノ危難(火災破船戦争)ニ於テ衆人ノ死去セシ場合ニ非ラサレハ之ヲ當行スル能ハス故ニ各種ノ異變ニテ衆人ノ死去セントキハ固ヨリ之ヲ當行スルヲ得ス此ノ場合ニハ各死者ノ相續ハ別々ニ其ノ最近ノ親族ニテ之ヲ受クヘシ……此ノ論決ハ常ニ之ヲ標準ト為スヲ得ヘシ且ツ同一ノ異變ニテ衆人一度ニ死去セントキモ亦タ之レニ從フ可シ何トナレハ上文ニ述ベシ法上ノ豫定ハ實際ノ經驗ニ反シテ屢不適當ノアレハナリ故ニ人為法ナキ國ニ於テ性法ニ依ルトキハ此ノ豫定ヲ當用スルヲ得可カラス」(傍点は筆者)。また、明治法律学校『性法講義』(本稿註116) 294-297頁によれば、「……佛國民法ノ規定上其奇怪ナル点ハ……死去ノ先後ヲ實際認知スル能ハサル場合ニ就キ其先後ノ推測法ヲ設ケタル点ニアリトス即チ互ニ相續スヘキ者同一ノ事變ニ由リ死去シテ實際ニ就キ其先後ヲ認知スル能ハサルトキハ死者双方ノ年齢及男女ノ性差ニ由リテ其死去ノ先後ヲ推測セリ……此推測法ニ就キ存スル最モ不都合ノ点ヲ各位ニ擧ケテ示サント欲ス……六十歳以上ノ者ト一歳以内ノ者ト同船シテ難破ノ為メ共ニ死去シタルトセンニ右ノ推測ニ從ヘハ一歳以内ノ者ハ六十歳以上ノ者ヨリ後ニ死去シタル者ト見做サ、ルヘカラス……然ルニ一歳以内ノ赤子ハ果シテ六十歳以上ノ高年者ヨリ難ニ堪フルノ力ヲ有スルモノト想像スルヲ得ヘキヤ決シテ然ラサルヘシ……故ニ此推測法ハ實際ニ當ラサル不都合ノ推測ト斷言セサルヲ得サルナリ……佛國民法ノ規定ニ從ヒ此推測法ヲ日本ニ適用スルヲ得ヘキヤ如何決シテ之ヲ適用スル能ハサルヘシ何トナレハ是等ノ法律ハ立法官ノ時ニ臨ミテ随意ニ規定シタルモノニシテモ自然法ノ原則ニ基キタルモノニアラサレハナリ」(傍点は筆者)。

118 ボアソナードは事例を挙げて説明する。明治法律学校『性法講義』(本稿註116) 292頁によれば、「予ノ一家ハ合セテ四人ヲ以テ組成ス即チ愚妻並男子一名女子一名ナリ是ニ於テ……予我カ女子ヨリ先キニ死去シ女子予ニ相續シテ後死去スルトキハ女子ノ遺産ヲ併セテ存シ其遺産ニ就キ愚妻ハ女子ノ母タル資格ヲ以テ其財産ニ就キ四分ヲ相續シ賤息ハ女子ノ兄タル資格ヲ以テ其四分ノ三ニ就キ相續スルモノトス之ニ反シテ若シ女子先キニ死去シテ予之ニ相續シタル後死去スルトキハ賤息ハ予ノ遺産ヲ悉ク相續シテ愚妻ハ之ニ就キ何等ノ相續權ヲ有セサルナリ何トナレハ夫婦ノ間ニ於テハ十二等親ニ至ルマテノ親族一人モ存セサルトキニアラサレハ互ニ相續權ヲ有セサルヲ以テ佛國民法ノ規定トスレハナリ」。そして、299-302頁によれば、「……若シ予ト予ノ女子ト同一ノ事變ニ因リ共ニ死去シテ其先後ヲ知ル能ハサルトキハ何人ノ間ニ前段ノ爭論ヲ起スニ至ルヤト云フニ……萬一之ヲ起スニ至ルトキハ必スヤ愚妻ト賤息トノ間ニアルヘシ……此場合ニ於テハ何レカ先ニ死去シ又何レカ後ニ死去シタルモノト必ス推定スルヲ要スルヤ將タ實際ニ徴シテ其先後ヲ認知スルノ確證アラサルトキハ双方共ニ同時ニ死去シタルモノト見做シテ其各固有ノ相續人ニ財産ヲ分與セシムヘキモノト決定スヘキヤ如何予ハ此点ニ就キ何等ノ推測方法ヲモ用キス全ク同時ニ死去シタルモノト見做シテ其死者各自ノ財産ヲ各自固有ノ相續人間ニ分與セシムルヲ以テ宜キニ適スルモノト思考ス即チ前例ニ由レハ予ノ財産ハ賤息ニ歸シ女子ノ財産ハ愚妻ト賤息トノ間ニ於テ分與スル是レナリ而シテ予ノ女子ニハ財産アラサルヲ以テ愚妻ニ於テ之ニ服セス女子ハ予ニ相續シテ後死去シタルモノト論シ隨テ其相續シタル財産ノ分配ヲ求ムルトキハ愚妻ヨリ予ハ女子ヨリ先キニ死去シタルノ實跡ヲ擧ケテ之ヲ證明セサルヘカラサルナリ……若シ其實證擧カラサレハ死去ニ先後ノ別ナキモノト見做スニアルナリ」(傍点は筆者)。

119 明治法律学校『性法講義』(本稿註116) 302頁によれば、「……要スルニ予ノ意見ハ死去ノ先後論ニ就キ證據法ノ原則ヲ適用スルニ過キス何ヲカ證據法ノ原則ト云フヤ曰ク他ナ

の関連法文を検討した結果として得られたのであり¹²⁰、おそらくは民法草案獲得編第二部1505条にも反映されている¹²¹。

3.5. 法典調査会における議論¹²²

第五編「相續」第一章「家督相續」第一節「總則」第九百七十二條¹²³の審議において、井上正一が同時死亡推定の必要性について質問している¹²⁴。

この質問を受けて穂積陳重は、一方で、フランス民法典旧720条乃至722条の死亡先後推定を批判する。しかし、他方で、同時死亡推定を採用するのではなく、むしろ「無推定主義」的解決で事足りる、と主張している。さらには、裁判官が必要に応じて同時に死亡したと推定し、証明責任の分配を図ることを認めてもいる¹²⁵。

シ何人ニ限ラス一箇ノ事件ニ基キ利益ヲ受ケント欲スル者ハ其事件ノ現實存在シタルヲ證明セサルヘカラサル是レナリ即チ予ノ女子果シテ予ヨリ後ニ死去シタルノ事實存在スレハ愚妻・・ハ之ニ由リテ利益ヲ受クルニ至ルモノナリ故ニ之ヲ證明スルノ任ハ愚妻・・・ニアルモノトス（傍点は筆者）。

120 これらのことは、野田良之「日本における外国法の摂取 - フランス法」（伊藤正己編『外国法と日本法』岩波講座現代法第14巻、岩波書店（1966年）184-217頁所収）191頁における次の指摘と合致する。「ボアソナードはもちろん自分の母国法であるフランス民法典をその起草の土台に据えたが、しかし、来日前からすでに比較法的に深い関心をもっていたので、当時参照しうべき各国の立法例をできるかぎり参考とし、またフランス民法自体についても、施行後七〇年間の間に立法・学説・判例によつて是正されたところでは、できるだけこれをとりいれるという方針をとった」。

121 民法草案獲得編第二部1505条「數人互相ニ相續ス可キ者同一ノ事變ニ於テ死去シ且ツ其事變ノ實況ニ從ヒ死去ノ先後ヲ認知スル能ハサルトキハ死者ノ相續ハ各自ノ相續人ニ開始ス」。磯部四郎、井上正一起稿『民法草案獲得編第二部理由書』によれば、「本條ハ佛国民法第七百二十條乃至第七百二十二條ヨリ來リタルモノナリト雖モ同法ニ於テハ互ニ相續スヘキ者同事變ニ死去シテ實際其死去ノ先後ヲ確知スル能ハサルトキハ年齡ノ老幼男女ノ性差ニ基キ種々ノ推測方法ヲ以テ其先後ヲ分チアリテ實ニ意味ナキモ亦太甚シ故ニ斯ノ如キ無根據ノ推測方法ヲ盡ク廢シ以テ本條ノ如ク簡單に規定シタルモノトス」。有地亨「旧民法の編纂過程にあらわれた諸草案 - 旧民法とフランス民法との比較検討の準備作業として - 」法政研究39巻2-4号（1973年）273-304頁は、その295-296頁で、ボアソナードが人事編、財産獲得編の起草に関与したことを示唆している。

122 法務大臣官房司法法制調査部監修『法典調査会民法議事速記録 七』日本近代立法資料叢書7、商事法務研究会（1984年）234-235頁（以下、『速記録』）。

123 第九百七十二條 家督相續ハ左ノ事由ニ因リテ開始ス 一 戸主ノ死亡、隱居又ハ國籍喪失 二 女戸主ノ入夫婚姻

124 『速記録』234頁「質問致シマスガ此死亡ノ場合デアリマスガ例ノ互ニ相相續スル人デアリマス其人ガ同一ノ何カ火災カ何カデ亡ク為ツタ其場合ハ要スルニ證據論ニ為ラウカト思ヒマス若シ争ヒガ起ツテ證據ガドチラガ先キニ亡ク為ツタトカドチラガ後トニ違ツテ居ツタトカ云フヤウナ證據ノ舉ラヌトキニハ裁判所ハ夫レハ同時ニ死シタモノデアルト云フヤウナ推定デモスルモノデコザイマセウカ」（傍点は筆者）。

125 『速記録』234-235頁「同時死亡ノ規定ト云フモノハ一體考ヘテ見ルト規定ニアル所ハ如何ニモ種々デーロ口ニ言ヘバ下ラナイ細工ガシテアリマシテ同ジ時ニ死シタトキハ男ト女ナ

井上は、裁判官にそのような判断を委ねることに疑問を抱き、フランス民法典の死亡先後推定ではないにせよ、再度法律上何らかの規定を置くことを提案する¹²⁶。

これに対して今後は梅謙次郎が、そもそも数人の死亡の先後関係が不明な場合に、井上が考えているような相続法上の問題は生じない、として、法律上何らかの規定を置く必要はない、と述べている¹²⁷。

このようにして、ボアソナードがその必要性を論じていた同時死亡推定の規定は旧民法に置かれなかった。

4. 結びにかえて

以上の検討結果から本稿の論点について言えるのは、次の3点である。

第一に、木村論文によって言われるように、フランス民法典に見られるような年

ラバ女ガ先キニ死シタモノトカ何十歳以下ノ者ハドウトカ實ニ立法者ガ已ムヲ得ズ押付ケノ事ガ書テアリマス夫レデ事ガ早く果取ルカト云フト其同時死亡ノ人為的ナ奇妙ナ細工ヲシタ規定ガ致シテアリマスルガ為メニ却テ同ジ厄災ニ遇フテ死亡シタヤウナ場合ニ實際證據ヲ取り得ル場合モ其證據ニ據ラズシテ其人為的ノ規定ニ據ルヤルデアリマス夫レハ甚ダ不都合ナ話シデアリマス其方ノ推定ト云フモノガ餘程事實ニ適ツテ推定ナラバ随分採用シテモ宜シイガ何レノ國ノ規定ニ於テモ實ニ奇妙ナ規定デアリマス同時死亡ノコトハ御承知ノ通り英吉利法系ノ國ニハ餘リ定メテ居リマセヌ夫レデ差支ガ生ズルカト言ヒマスルト證據問題デ大概差支ガ生ゼヌデアリマスドウシテモ太洋ノ中デ死シタ舞ツタドツツトモ付カスト云フヤウナモノハ裁判官ハドウスルカト云フコトデアルトキハ裁判官ハ同ジ時ニ死亡シタ位ニ讀ムドラウト思ヒマス」。ここで穂積が言う「同時死亡」とは、文脈上、数人の死亡の先後関係が不明な場合を意味しているのであって、「同時死亡推定」のことではないと思われる。とはいえ、それらの違いを理解していないのではないのか、という誤解を招きかねない表現である。

126 『速記録』235頁「私モ決シテ人為的ノ佛蘭西ノ九百二十四條ノヤウナ規定デハアリマセヌガ唯ダドトラモ證據ノ擧ラストキニハ裁判官ハ之ハ同時ニ死シタモノドラウト云フヤウナ裁判モ妙ナモノデハナカラウカ其處ニハ法律ニ何カ據リ所ガアツタラ裁判ガ仕善クハナルマイカト唯ダ疑ヒデアリマス」。

127 『速記録』235頁「此案デハ既成法典竝ニ現行法ト同ジデアツテ法定相續人ト云フ者ハ子、孫即チ直系卑屬ノミニアルモノデアリマス原則トシテ直系卑屬ニ付テハ親翁ノ代リニ子ガ相續ヲスル・・・兎ニ角兄弟ガ二人アル兄ノ方ガ先キニ死ヌル其兄ニ子ガアルト嫡子相續ト云フコトデ其方ガ先キニ相續スル夫レデ親ト子ガドチラガ先キニ相續スルカト云フ問題ハ殆ンド起ラスト思ヒマス此次ニ為ルト遺言ヲ以テ相續人ヲ定メテ置イタ即チ子ヤ孫デナイ其遺言デ以テ定メテ置イタ者ト其被相續人トガ一緒ニ死シタト云フヤウナ場合ガ無イトハ言ヘマセヌ夫レカラ又其次ニ親ガ相續スルト云フコトガ無イトモ言ヘマセヌ、クレドモ最モ適用ノ多イ場合ハナイ其外ノ場合ハ選定デアリマスカラ態々死シタ舞ツタモノヲ後トカラドチラガ先キニ死ナウト其外ハ選定ヲシナクテモ其息子ヲ選定スルナリ外ノ者ヲ選定スルナリスレバ宜シイデアリマスカラ詰リ適用ハ餘程少ナイカラ旁々以テサウ云フ人工的ノ規定ヲ置く必要ハナカラウト思ヒマス」。

齢に応じて死亡の先後を推定する事例を、学説彙纂に見出すことができる。

第二に、しかし、死亡の先後関係が不明なあらゆる場合について、ローマ法が年齢に応じた死亡先後推定主義を採用していた、と単純に考えることはできない¹²⁸。その理由の1つは、死亡の先後を推定する場合であっても、年齢を基準としない事例が見られる、ということである。もう1つは、事案に応じて一方当事者に証明責任を課した事例が数多く見出される、ということである。学説彙纂の事例を検討する限り、法学者たちの念頭に置かれていたのは、種々の具体的な法的事案であって、それらに一貫した解決をもたらす抽象的な原理、主義、原則ではなかった。彼らに備わっていたのは、個別の事案にはどのような解決が適切であるか、という柔軟な思考方法であった。その思考方法は、もっとも、当時の立法や学説、皇帝の意思、社会通念¹²⁹に左右されることもあった。結果として、法学・法学者は多様な解決策を生み出した、ということができる。

第三に、フランス、ドイツ、日本の近代民法典編纂に大きな影響を与えたポティエ、サヴィニー、ボアソナードの3人はいずれも、数人の死亡の先後関係が不明な場合にかんする学説彙纂の諸法文を理解することから出発し、そこから抽象的な規範を導き出して、一般的な原則を確立する、という過程を辿った点で一致していた。しかし、興味深いことに、ポティエが死亡先後推定を原則としたのに対して、サヴィニーは同時死亡推定を原則とした。ボアソナードは、同時死亡推定を採用すべきであると考えていたが、法典調査会の議論においてその必要性は認められず、結果として日本の民法典は数人の死亡の先後関係が不明な場合にかんする推定規定を長らく欠くこととなった。

これらの点が明らかとなったことで、民法32条の2に規定されている同時死亡推定主義の沿革を探る前段階としての本稿の目的は達成されたと考えるが、最後に今後の課題について示しておきたい。

128 HⅢ(本稿註39) p.146も同旨。

129 死亡の順序でなく、出生の順序について、興味深い事例が伝えられている。ウルピアヌスD 34.5.10.1によれば、女奴隷が「最初に男児を生んだならば、自由であれ」という条件で自由を与えられた。ところが、彼女は男女の双子を生んだ。男女のいずれを先に生んだかが確実であるならば、女奴隷が自由であるか否か、そして女兒が生来自由人であるか否か、について議論の余地はない。けれども、そのことが確実でなく、精確な審理によっても明らかにされない場合はどうか。ウルピアヌスによれば、曖昧な事柄については、より人間的な判断に従わなければならない。その結果、女奴隷は自由を得て、その娘は生来自由人となる。なぜなら、先に男児が生まれたと推定されるからである。

第一に、同時死亡推定という概念がサヴィニーのオリジナルかどうか、という問題である。筆者は、1811年制定のオーストリア一般民法典（ABGB）25条がすでに同時死亡推定の規定を置いていたことから、この概念はサヴィニーのオリジナルではなく、すでに普通法 *ius commune* に見出されるのではないかと考えている。

第二に、第一の課題の成果ともかかわってくるが、古典期ローマ法においてすでに同時死亡推定という概念が存在したかどうか、という問題である。ローマ法研究者にも、本稿で検討した諸法文について、これらの事例は古典期ローマ法における同時死亡の推定である、と主張する者がいる¹³⁰。筆者は、本稿での検討結果に鑑みれば、その見解に直ちに賛同することはできないが¹³¹、この問題は古典期ローマ法における民事訴訟手続のあり方、とりわけ証明責任の問題とも深くかかわっており、稿を改めて取り組むこととしたい。

（人文社会系助教）

130 例えば⑪ウルピアーヌス D 24.1.32.14について、M₁（本稿註39）S. 339および H₁（本稿註39）p. 139はこれを同時死亡の推定であると理解している。

131 たしかに、当事者の一方がその主張内容に応じた死亡の先後関係を証明する責任を課される、という結果だけを見れば、そのように言うことができるかもしれない。しかし、古典期法学者は誰ひとり「同時に死亡したと推定する」とは述べていないし、現に相続人の補充指定の諸事例においてさえ、兄弟2人が最後に死亡した、と解されるのは、同時死亡推定によるのではなく、遺言の文言を柔軟に解釈した結果にすぎない。